Lirbmayer

Das gegenseitige Verhältniß der §§ 38 ff. und § 247 Z. 1 und Abs. 3 der Reichs-Civilproceß-Ordnung

im Hinblick
auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 26. Mai 1880

untersucht

von

Dr. Karl Birkmeyer,
o. ö. Professor der Rechte.

Rostock.
Wilh. Werther's Verlag.
1881.

Druck von Adler's Erben in Rostock.

Inhalt.

Ueber das Verhältniß der §§ 38—40 zu § 247 Z. 1 u. Abs. 3 R.C.Pr.O.

I.

Der § 38 R.C.Pr.O. bestimmt:

> Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.

Der § 39 fügt hinzu:

> Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

Der § 247 Abs. 3 aber mit Z. 1 daselbst erklärt den Beklagten der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts für verlustig, wenn er dieselbe nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht hat, eine Ausnahme — abgesehen vom Fall der Unverzichtbarkeit der Einrede — nur zulassend bei unverschuldeter Unmöglichkeit früherer Geltendmachung.

Daraus hat man gefolgert:

Eine stillschweigende Vereinbarung wäre in der Einlassung der Parteien vor dem unzuständigen Gericht an sich nur dann zu erblicken, wenn diese Einlassung beiderseits im Bewußtsein der Unzuständigkeit geschähe.

Der Nachweis des, wenn auch noch so schuldhaften, Irrtums der einen oder der anderen Partei müßte jederzeit ihrer Einlassung die prorogirende Wirkung nehmen.

Da nun aber die R.C.Pr.O. einen solchen Nachweis Seitens des Klägers überhaupt nicht kennt, Seitens des Beklagten aber

nur einen unverschuldeten Irrtum berücksichtigt, und auch diesen nur unter dem Gesichtspunkt der Restitution gegen die, mit der Einlassung principiell definitiv werdende, Zuständigkeit des Gerichts:

so ergebe sich daraus mit logischer Notwendigkeit, daß es nach der R.C.Pr.O. für die Prorogation der gerichtlichen Zuständigkeit durch Einlassung der Parteien vor einem unzuständigen Richter in Wahrheit nicht ankommt auf den Consens der Streitteile.

Und wenn gleichwohl die R.C.Pr.O. so in der Ueberschrift des 3. Titels ihres 1. Buches, wie in dem § 39 daselbst; wenn nicht minder die Vorarbeiten und Motive des Gesetzes in dem Falle rückhaltloser Einlassung vor dem unzuständigen Gericht von stillschweigender Vereinbarung über die Zuständigkeit reden, so sagen sie damit etwas Anderes als sie meinen.

Soweit sind

Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Arch. f. d. civ. Pr. 62, S. 1 ff. auf S. 46 zu N. 44;

Wach, in dem fast gleichzeitig [1]) geschriebenen Rektoratsprogramm „Das Princip des gewillkürten Gerichtsstandes", abgedruckt im Arch. f. d. civ. Pr. 62 S. 373 ff. auf S. 382;

Fitting, Zur Lehre vom s. g. vereinbarten Gerichtsstande nach der R.C.Pr.O. im Arch. f. d. civ. Pr. 63 S. 222 ff. auf S. 225 unten

einig [2]). Ja Fitting l. c. S. 226 glaubt sogar behaupten zu können, daß man über diesen Punkt allgemein einig sei.

Im Uebrigen aber gehen die Genannten auseinander.

So rücksichtlich des Verhältnisses des § 39 zum § 247:

denn während Bülow l. c. S. 46 cf. mit S. 42 sagt, der § 39 ergänze den § 247,

behauptet Fitting l. c. S. 227, der § 39 erhalte seine Ergänzung und nähere Bestimmung durch § 247;

---

[1]) cf. Bülow l. c. N. 40.

[2]) Nur daß Bülow l. c. dies Quid pro quo als ein vom Gesetzgeber bewußt aufgestelltes, in mannigfacher Art nützliches verteidigt, während Wach und Fitting (S. 382 u. resp. S. 237) es als eine Unklarheit des Gesetzes über seine eigne Meinung verdammen.

wie hinsichtlich der Construction der eigentlichen Meinung des Gesetzes.

Bülow sieht im § 247 nur eine Anwendung des von ihm aufgestellten Abwehr- und resp. Rechtsverwirkungs- oder Präclusions-Princips.

Der Nichtgebrauch des beklagtischen Rechtes, den Gerichtszwang des unzuständigen Richters von sich abzuwehren; die durch den Nichtgebrauch herbeigeführte Rechtsverwirkung, nicht die Vereinbarung der Parteien ist es, welche das unzuständige Gericht competent macht; „m. a. W. das vom Kläger angegangene Gericht erhält, wenn es nicht schon von Rechtswegen, ipso jure, competent ist, doch durch Unterlassung des Widerspruchs die ihm bis dahin fehlende Competenz."

Diesen Satz wiederhole der § 39 in Fictionsform [3]).

Wach stimmt in der Hauptsache mit Bülow überein: das Princip des gewillkürten Gerichtsstandes ist nach der R.C.Pr.O., von dem pactum de prorogando vor dem Prozesse abgesehen, nicht mehr „Vereinbarung", nicht Willensübereinkunft, sondern Präclusion. Die R.C.Pr.O. hat damit eine Rechtsentwicklung zum Abschluß gebracht, welche, wie Wach nachzuweisen sucht, zuerst von Tancred bezeugt, und dann durch die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis wie durch die neueren Gesetzgebungen sich hindurchziehend, für die Begründung der Competenz innerhalb des Prozesses das Consensprincip mehr und mehr durch das Präclusionsprincip verdrängte [4]).

So wird nach Bülow und Wach die Zuständigkeit der Gerichte nach der R.C.Pr.O. durch drei Momente begründet: durch das Gesetz; durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien; und durch Nichtgeltendmachen der Unzuständigkeitseinrede Seitens des Beklagten [5]).

---

[3]) S. 42 cf. S. 46.

[4]) L. c. S. 377 ff.; S. 381 ff.; bes. S. 383, 395; cf. auch Bülow l. c. S. 44 N. 41.

[5]) Vgl. hieher Bülow l. c. S. 44 Text zu N. 41; Wach l. c. S. 383 ff.; 391. -- Für das österreich. Recht adoptirt jene drei Competenzgründe v. Canstein, Lehrb. des österr. Civilpr. I. § 28 sub V. cf. mit IV. 2 u. II.

Wir kämen darnach zu dem Resultat, daß die C.Pr.O. das nämliche Wort „Vereinbarung" teils richtig, teils total falsch (nach Wach), oder doch in ganz verschiedenem uneigentlichen Sinne (nach Bülow) gebraucht.

Abgesehen von der Unwahrscheinlichkeit ja Unmöglichkeit solch totaler Sprachverwirrung im Gesetze, fehlt es auch an jedem inneren Grunde, welcher der Unterlassung der Incompetenzeinrede Seitens des Beklagten competenzbegründende Kraft verleihen könnte. Wie sollte einseitige Disposition einer Partei dazu kommen, die gesetzliche Competenzordnung zu verschieben, die doch im Interesse beider Parteien aufgestellt ist? Wie sollte noch dazu eine Unterlassung diese positive Wirkung äußern können? und wie wäre dies vollends möglich, wenn die Unterlassung auf Irrtum über die Zuständigkeit beruhte?

Schlagend widerlegt u. E. Fitting[6]) das Präclusionsprincip schon mit den Worten:

> „Denn nach dem Causalgesetze kann durch bloße Unterlassung eines positiven Eingreifens eine positive Wirkung nicht hervorgerufen und etwas noch nicht Vorhandenes nicht geschaffen werden."

Wenn nun aber, argumentirt Fitting weiter, nicht die Unterlassung der Incompetenzeinrede es ist, noch die möglicherweise rein irrtümliche Klagerhebung es sein kann[7]), welche dem unzuständigen Gericht im Fall des § 247 und des § 39 die Zuständigkeit verleiht, so bleibt Nichts übrig, als anzunehmen, daß diese Zuständigkeit schon vor der Klagerhebung vorhanden war; und so kommt Fitting auf S. 245[8]) zu dem Satz, welchen er als Regel des Reichscivilprozeßrechtes proklamirt,

> „daß jedes ordentliche Gericht erster Instanz für jede Klage zuständig, d. h. zu ihrer Verhandlung und Entscheidung fähig und befugt ist."

---

[6]) L. c. S. 243.

[7]) L. c. S. 244.

[8]) cf. dens. S. 232. Ich glaube nicht, daß es richtig ist, wenn Kohler in der Kr.V.J.S. XXII. S. 392 diese Ansicht Fitting's schon aus dem Präclusionsprincip Wach's herauslesen will.

Diese Regel erleide indeß zwei Ausnahmen:

die eine mit Rücksicht auf die Interessen des Beklagten, indem es ihm in vielen Fällen gestattet sei, selbst bei einem an sich zuständigen Gerichte die Einlassung auf die Klage abzulehnen;

die andere mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse, indem in gewissen Fällen bestimmte Gerichte mit Ausschluß der anderen für zuständig erklärt sind.

Fitting meint S. 251 daraus, daß sein Standpunkt mit der Ausdrucksweise der C.Pr.O. und den Aeußerungen der Motive in Widerstreit stehe, folge Nichts weiter, als daß unsere Gesetzgeber noch zu sehr in den gemeinrechtlichen Anschauungen befangen gewesen seien und das richtige Grundprincip, welches sie instinktiv im Gesetz durchgeführt haben, selbst nicht klar erkannt hätten.

Allein in der Tat liegt die Sache so, daß man, wenn man sich die größte Mühe gäbe, nicht consequenter und direkter das Gegenteil von dem, was man eigentlich will, sagen könnte, als es die R.C.Pr.O. nach Fitting's Ansicht in der Lehre von der Zuständigkeit tut.

Zum Beweise dieser Behauptung werden nachstehende Folgesätze aus Fitting's Grundanschauung genügen:

Wenn das Gesetz in den §§ 12 ff. die einzelnen Gerichte nur einzelnen Klagen gegenüber für zuständig zu erklären scheint, v. v. „Für Klagen aus . . . . . ist das Gericht . . . . . zuständig", so will es dies eigentlich nicht sagen; denn zuständig sind ja alle Gerichte für alle Klagen; sondern es will damit ausdrücken, daß der Beklagte bei diesem Gericht auf andere Klagen hin und bei anderen Gerichten auf diese Klage hin trotz der Zuständigkeit die Einlassung verweigern dürfe[9]).

Letzteres tut er mit der „s. g. Einrede der Unzuständigkeit" Allein dieser Ausdruck des § 247, das Geltendmachen der „Unzuständigkeit" in § 39, ist nicht so zu verstehen, wie es lautet. Denn streng juristisch kann man nicht sagen, daß dem Gericht die-

---

[9]) cf. Fitting selbst S. 251. Richtig wäre der Ausdruck „das Gericht ist zuständig" demnach nur, wo es sich um ausschließliche Zuständigkeit dieses Gerichts handelt.

Zuständigkeit abgehe; der Beklagte darf mit jener Einrede lediglich die vorhandene Zuständigkeit in ihrer Betätigung hemmen [10]).

Wenn der § 35 sagt: „Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl", so will dies eigentlich besagen: Zuständig sind zwar alle Gerichte für alle Klagen; gleichwohl kann der Kläger nicht jedes Gericht frei wählen, sondern nur ein solches, welches das Gesetz ausdrücklich zuständig nennt und so dem Beklagten das Recht nimmt, hier die Einlassung zu verweigern [11]).

Spricht das Gericht seine Unzuständigkeit aus, wie in § 11, in § 36, in § 249, in § 467, so heißt das überall: wir sind eigentlich zuständig, aber gleichwohl lehnen wir die Sache ab, denn ein anderes Gericht ist nach dem Standpunkt des Gesetzes für diese Sache besser geeignet und daher näher berufen [12]).

Und wo endlich das Gesetz von Begründung der Zuständigkeit durch Vereinbarung redet, da will es sagen: eigentlich braucht die Zuständigkeit nicht erst durch die Parteien begründet zu werden, da sie ja gesetzlich schon vorhanden ist [13]); sondern es ist nur dem Beklagten gestattet vertragsmäßig zu verzichten auf Hemmung der Zuständigkeit dieses Gerichts; d. h. in der Ausdrucksweise des Gesetzes, auf die Einrede der Unzuständigkeit [14]).

Uns scheint, daß solche Auslegung des Gesetzes seinem Wortlaut gegenüber einfach unmöglich ist.

Dann aber drängt sich uns gebieterisch die Notwendigkeit auf, eine andere Lösung des Widerspruches zu finden, welcher zwischen der Begründung der Zuständigkeit durch „Vereinbarung" nach

---

[10]) Fitting l. c. S. 248. Tut der Beklagte dies nicht, so äußert nun die von vornherein vorhandene Zuständigkeit unwiderruflich ihre Wirkungen; insofern „besteht also allerdings ein Präclusionsprincip".

[11]) Fitting l. c. S. 249.

[12]) Fitting l. c. S. 249.

[13]) Fitting l. c. S. 250 u. 253.

[14]) Auch nach Fitting also (cf. oben nach N. 5) würde im Gesetz, ja in einem und demselben § 38, mit „Vereinbarung" bald eine wirkliche Vereinbarung (über den Verzicht des Beklagten auf die Hemmung der Zuständigkeit), bald etwas total Anderes (nämlich gesetzliche Präclusion dieser Hemmung s. oben N. 10), bezeichnet sein.

§ 38 ff. und der gänzlichen Ignorirung des wahren Parteiwillens nach § 247 Abs. 3 zu liegen scheint.

Diese Forderung ist um so gebieterischer, als es sich hier nicht blos um Ausdruck und juristische Construction handelt, sondern zugleich von dem Standpunkt, welchen man der „Vereinbarung" über die Zuständigkeit gegenüber einnimmt, die Entscheidung einer der für die Praxis „wichtigsten Hauptfragen des Reichscivilprozeßrechtes" [15]) abhängt: Der Frage, ob beim Nichterscheinen des Beklagten im Verhandlungstermin das Gericht ohne Weiteres seine Zuständigkeit anzunehmen, oder dieselbe ex officio zu prüfen habe?

Denn wenn das bloße Schweigen des Beklagten, ohne Rücksicht auf einen zu Grunde liegenden Prorogationswillen, es ist, welches nach Bülow und Wach die Competenz begründet, nach Fitting die einzig mögliche Hemmung der gesetzlich begründeten Competenz beseitigt, so folgt daraus von selbst, daß auch das Schweigen durch Nichterscheinen des Beklagten die nämliche Wirkung äußern muß und für eine richterliche Amtsprüfung kein Raum bleibt — und diese Folge haben auch Wach S. 387 unten, S. 396 und Fitting S. 231 ausdrücklich gezogen [16]); während, wenn es auf „Vereinbarung", also auf den Willen der Parteien, die Zuständigkeit des Gerichts zu erstrecken, ankommt, das Nichterscheinen des Beklagten stets erst vom Richter auf diesen Willen hin geprüft werden muß. Diesen Standpunkt hat [17]), im bewußten Gegensatz zu den Genannten, das

Reichsgericht durch Urteil des I. Civilsenats vom 26. Mai 1880 in S. Sch. (Kl.) w. Cr. (Bek.) Rep. I. 808/80

eingenommen [18]) und von diesem Standpunkt aus zugleich ent-

---

[15]) Fitting l. c. S. 229 unten.

[16]) Entgegen den Motiven zu § 39 und zu § 3 der C.Pr.O.: Wach S. 338; Fitting S. 225, S. 231.

[17]) Gestützt auf den Ausdruck des Gesetzes „Vereinbarung", auf die genannten Stellen der Motive und auf die Entstehungsgeschichte des § 39 C.Pr.O.

[18]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen I. S. 438 ff.

schieden, daß aus dem Nichterscheinen des Beklagten dessen Prorogationswille in dubio nicht zu folgern sei [19]).

So steht das höchste Gericht im Deutschen Reiche mit einigen der hervorragendsten Deutschen Prozessualisten in einer der praktisch wichtigsten Fragen des neuen Prozeßrechtes hinsichtlich der principiellen Auffassung, wie hinsichtlich des praktischen Resultates im schneidenden Gegensatze.

Der Gegensatz ist zur Stunde noch ein völlig unvermittelter. Denn das Präclusionsprincip von Bülow und Wach haben so wenig, wie das Fitting'sche Princip der Unbeschränktheit der Competenz Seitens des Reichsgerichtes eine Widerlegung erfahren. Dasselbe hat einfach die von diesen Schriftstellern aus ihrem Princip für den Fall des Nichterscheinens des Beklagten gezogene Consequenz als gesetzlich nicht begründet bezeichnet, weil sie das Gesetz selbst nicht ausspricht; auf den eigentlichen Angelpunkt der Discordanz aber, auf das Verhältniß der §§ 38—40 zu § 247 C.Pr.O. und auf die Fragen, ob nicht eben wirklich dieses Verhältniß zur Aufstellung eines solchen oder ähnlichen Princips nötige und ob nicht aus diesem Princip der regelmäßige Wegfall jeder Officialprüfung der Competenz in der Tat folge, ist das Reichsgericht nicht eingegangen.

Eine Auseinandersetzung zwischen Theorie und Praxis ist bei dieser Sachlage im beiderseitigen Interesse unumgänglich.

II.

Man pflegt unbedenklich anzunehmen, daß, wenn der Beklagte vor einem unzuständigen Gericht, ohne die Einrede der Incompetenz geltend zu machen, zur Hauptsache verhandle, das unzuständige Gericht zuständig werde, daß mit anderen Worten der § 247 Abs. 3 mit Z. 1 ein competenzbegründendes Moment enthalte.

Darin stimmt auch das Reichsgericht mit den Theoretikern überein [20]). Nur die Construction des Vorganges ist verschieden.

---

[19]) L. c. S. 440.

[20]) Reichsgericht l. c. S. 440 oben v. v. „ist die Zuständigkeit begründet"; Bülow l. c. S. 42 v. v. „das . . . . Gericht erhält . . . . die ihm bis dahin fehlende Competenz"; und wieder „da § 247 . . . . . competenz-

Als competenzbegründendes Moment betrachtet das Reichsgericht, sich an den Wortlaut des Gesetzes haltend, die „Vereinbarung", welche in dem Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache ohne vorherige Rüge der Unzuständigkeit kraft § 39 angenommen werden soll[21]).

Allein daß in jenem Verhalten des Beklagten eine wirkliche Vereinbarung dann nicht perfekt wird, wenn die Klagserhebung oder die Einlassung in der irrigen Annahme der Zuständigkeit geschah, liegt auf der Hand; daß der § 39 eine solche Vereinbarung nicht präsumiren wollte, zeigt die Beschränkung des (Gegen-) Beweises in § 247 Abs. 3[22]); und daß er sie nicht fingiren wollte, die wie sehr auch beschränkte Zulassung des (Gegen-) Beweises ebendaselbst[23]).

Ist es also nicht der Consens der Parteien, so könnte es vielleicht der einseitige Wille der einen oder der anderen Partei sein, welcher im Fall des § 247 die Zuständigkeit schafft, etwa Anerkennung des Gerichts Seitens des Klägers durch die Klagserhebung; oder Unterwerfung des Beklagten unter das Gericht, Verzicht auf seine Unzuständigkeitseinrede u. s. w.

Allein in der bewußten Klagserhebung, in der bewußten Einlassung des Beklagten vor dem unzuständigen Gericht könnte doch immer nur der Wille der Parteien erblickt werden, sich dem unzuständigen Richter zu unterwerfen; Competenzbegründung durch jene Handlungen ginge über den Willen der Parteien hinaus.

---

begründend wirken läßt"; Wach l. c. S. 387 (cf. auch oben N. 4) v. v. „schafft definitiv die Zuständigkeit". So auch die Commentatoren zu § 247 u. § 39. Vgl. auch noch Fitting oben zu N. 10.

[21]) Entscheidungen l. c. S. 440 oben; cf. auch die bei Wach S. 383 N. 29 citirten Commentatoren.

[22]) Wach l. c. S. 382 unten.

[23]) Ich billige völlig die Bemerkung von Fitting l. c. S. 227, womit er die gegenteilige Meinung von Seuffert, Comm. zu § 247 sub 3 u. Bülow l. c. S. 42 N. 38 u. 39 bekämpft, und seine eigene in seinem Reichscivilprozeß 4. Aufl § 16 Anm. 2 ausgesprochene Ansicht reformirt, daß die Bestimmung in § 247 Abs. 3 „nach richtigen Grundsätzen der Auslegung doch wohl auf die sämmtlichen vorher genannten Einreden, also auch auf die Unzuständigkeitseinrede, bezogen werden" muß, — trotz § 39. Vgl. meine Auslegung dieses Paragraphen unten zu N. 85 ff.

Dazu kommt aber der oben nach N. 5 schon hervorgehobene Grund, daß sich nicht absehen läßt, wie die Regeln über die Zuständigkeit, welche im Interesse beider Parteien aufgestellt sind, durch einseitigen Willensakt einer Partei sollten verschoben werden können [23a]); sowie endlich die unleugbare Tatsache, daß es für die Folgen des § 247 auf den Prorogationswillen der Parteien überhaupt nicht ankommt.

So bliebe denn nur noch übrig, mit Wach [24]), Fitting [25]) und Kohler [26]) anzunehmen, daß die nackten Tatsachen der Klagserhebung und der vorbehaltlosen Einlassung die Zuständigkeit begründen, „sollte auch Beides nachweisbar nur durch Irrtum veranlaßt sein".

Aber diesen Tatsachen, da sie innerlich competenzbegründende Kraft nicht besitzen [27]), könnte blos ausdrückliche gesetzliche Vorschrift sie leihen.

Hätten wir eine solche in der C.Pr.O., dann hätten wir zugleich einen Widerspruch im Gesetz selbst.

Ehe wir jedoch dies einräumen und damit das Gesetzbuch dem Vorwurf preisgeben, daß es in hohem Grade unklar und verwirrend redigirt sei, zugleich aber entweder dem Präclusionsprincip von Wach, oder Fitting's unbeschränkter Competenz in die Arme treiben, lohnt es sich wohl, einmal genauer zuzusehen, ob die C.Pr.O. wirklich eine solche Vorschrift enthalte?

In Betracht kommen nun zunächst der § 247 und dann der § 39.

[23a]) Die Motive zu §§ 38—40 bekämpfen im Anschluß an die hannöv. Motive die Besorgniß, daß die Erleichterung der Prorogation eine Ueberhäufung einzelner Gerichte mit sich bringen könnte, mit den Worten: es „sei zu erwägen, daß nur der übereinstimmende Wille der Parteien entscheide, und der Erfahrungssatz zu beachten, daß die Parteien der Regel nach sich mit Mißtrauen begegnen".

[24]) L. c. S. 383.

[25]) L. c. S. 242 u. S. 253.

[26]) L. c. S. 393 ff.

[27]) Auch die „objective Incongruenz zwischen dem Unterlassen der Rüge und der Einlassung auf die Hauptsache" (Kohler l. c. S. 394) kann innerer Grund nur für den Ausschluß der Incompetenzeinrede von der Einlassung an, aber nicht für eine Competenzbegründung sein: cf. unsere N. 35.

Zwingt uns also der § 247 wirklich zu der Annahme, daß Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ohne Einrede der Incompetenz Competenz begründe?

Wir glauben, die Frage muß entschieden verneint werden. Die Einlassung des Beklagten ohne Geltendmachung der Unzuständigkeit macht das Gericht nach § 247 nicht rechtlich zuständig, sondern heilt nur die Ungültigkeit des Verfahrens des nach wie vor rechtlich unzuständigen Gerichts.

Dies bedarf näherer Begründung aus § 247 selbst.

Die 6 Einwände, welche der § 247 als prozeßhindernde Einreden aufzählt, betreffen, wie die Motive zu §§ 238 u. 239 E. ausdrücklich betonen, insgesammt Prozeßvoraussetzungen. Es handelt sich um die prozessualen Vorbedingungen für den Rechtsstreit, um die constitutiven Elemente des Prozeßrechtsverhältnisses [28]).

Daß diese Voraussetzungen des judicium festgestellt werden, ehe in die Verhandlung über die res in judicium deducta selbst eingetreten wird, scheint sich von selbst zu verstehen.

In der Tat haben andere Gesetzgebungen eine auch nur gleichzeitige Verhandlung der Hauptsache und der Prozeßvoraussetzungen ein für alle Mal ausgeschlossen [29]).

---

[28]) cf. Bülow, die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, 1868, S. 6. — Vgl. denselben in dem zu N. 1 cit. Aufsatz S. 57 N. 48 i. f.

[29]) Der Code de procédure civile art. 172 (cf. jedoch die Ausnahme in art. 425) schreibt rücksichtlich der Einrede der Incompetenz dem Richter vor:

> Toute demande en renvoi sera jugée sommairement, sans qu'elle puisse être réservée ni jointe au principal.

und Boitard, leçons de procédure civile (douz. éd. par Colmet-Daage) I. § 362 bemerkt hiezu:

> Il serait dérisoire de la part du tribunal de passer à l'examen du fond, en un mot d'exercer sa compétence, alors que cette compétence est déniée, est contestée, et que, peut-être, en definitive, le tribunal reconnaîtra qu'elle ne lui appartient pas.

Vgl. auch schon Gobler, gerichtl. Prozeß ed. 1542 fol. 129 „Denn ein Richter muß zuvor erkennen, ob er ein Richter sei, ehe er etwas auf die Sachen erkennen mag".

Die R.C.Pr.O. teilt diesen consequenteren Standpunkt nicht. Sie ordnet ihn dem Parteiinteresse unter. Sie glaubt es dem allenfallsigen Interesse des Beklagten schuldig zu sein[30]), den Eintritt in ein, ja das Fortschreiten in einem Prozeßverhältniß zu gestatten, trotzdem seine Grundlagen noch völlig schwankend sind, also die Gefahr völlig nutzloser Prozedur auf sich zu nehmen[31]). So hat sie es dem Beklagten überlassen, ob er auf Grund seiner prozeßhindernden Einrede die Einlassung zur Hauptsache verweigern oder letztere mit ersterer verbinden will. Im letzteren Fall kann das Gericht gleichzeitige Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen und über die Hauptsache Platz greifen lassen; § 248 Abs. 1 C.Pr.O.; und wiederum kann durch den Abs. 2 daselbst bewirkt werden, daß die Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen in der Berufungsinstanz und die über die Hauptsache in der 1. Instanz gleichzeitig stattfinden[32]).

Jedenfalls aber verbietet schon die Natur der Prozeßvoraussetzungen, daß sie, soweit ihre Geltendmachung von den Parteien abhängt, von diesen erst nach der litis contestatio geltend gemacht werden. Die Bestreitung des Vorhandenseins der Bedingungen des judicium wenigstens, wenn auch allenfalls nicht die Verhandlung und Entscheidung über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein, muß dem Eintritt in das bedingte judicium selbst vorausgehen[33]).

Noch ein anderer Gesichtspunkt mußte dazu führen, die Geltendmachung der Prozeßvoraussetzungen vor der Einlassung

---

[30]) Motive l. c.

[31]) Sie behandelt sie wirklich als bloße Voraussetzungen, das französische Recht als Bedingungen des Prozesses.

[32]) Nach französischem Recht ist auch dies bezüglich der Einrede der Incompetenz ausgeschlossen auf Grund des art. 454, verbunden mit art. 147 u. 450 Code proc. civ.: cf. Boitard l. c.

[33]) Motive l. c. v. v.: „Aus der Natur der prozeßhindernden Einreden ergibt sich von selbst, daß sie vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorgebracht werden müssen.“ Die abweichende Behandlung im Parteiprozeß nach § 465 ist contra rationem juris ex utilitate et aequitate statuirt: Motive zu § 446 E. Gerade bezüglich der Incompetenzeinrede ist aber die Natur der prozeßhindernden Einrede auch hier gewahrt worden.

zu verlangen. Mängel der Procedur — und dazu gehört auch alles Verfahren in einem Prozesse, dessen Existenzbedingungen fehlen — dürfen nicht zu jeder beliebigen Zeit geltend gemacht und damit die Sicherheit des Verfahrens und das materielle Recht des Gegners dauernd in der Schwebe gehalten werden. Sie müssen so bald wie irgend möglich geltend gemacht werden, widrigenfalls sie geheilt, d. h. ihre schädlichen Folgen beseitigt sind, es sei denn, daß das öffentliche Interesse die Vernichtung der Procedur auf Grund eines solchen Mangels verlangt.

Diesen allgemeinen Grundsatz hat bekanntlich im Anschluß an andere Gesetzgebungen der § 267 R.C.Pr.O. zum Ausdruck gebracht [34]). Speciell auf den Fall des Mangels von Prozeßvoraussetzungen angewandt, mußte auch dieser Grundsatz dahin führen, dessen Geltendmachung vor der Einlassung des Beklagten in die Hauptsache zu gebieten [35]).

---

[34]) Auch Kohler, Kr.V.J.S. XXII. S. 394 macht, in anderem Zusammenhang, auf die Analogie der Bestimmungen in § 247 u. 267 aufmerksam. Vgl. auch die Motive zu §§ 238, 239 E. S. 469 gegen Ende; Struckmann's Comm. zu § 247 Abs. 2; Puchelt's Comm. zu § 267 cf. In der Tat glaube ich, daß die Heranziehung des § 267 für die Auslegung des § 247 nach verschiedenen Seiten hin sehr fördernd ist. — Auch bei der Emanation des Code de proc. civ. wurde der gemeinsame Grundgedanke der art. 173 u. 169 hervorgehoben; sie enthalten beide, sagen die Motive (Treilhard), precautions pour s'assurer que le temps ne sera pas inutilement consumé.

[35]) Die Verletzung prozessualer Vorschriften soll von den Parteien rechtzeitig gerügt werden. Dieser Grundgedanke des § 267 (Struckmann's Comm ad h. l.) mußte, angewendet auf die Rüge des Mangels von Prozeßvoraussetzungen, nach der Natur derselben dahin führen, diese Rüge vor der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache zu verlangen. Denn, so sagt Boitard, l. c. § 366 p. 340 zur Erklärung des art. 173 Code proc. civ.: en discutant le fond . . . . il a tacitement, mais très-clairement, renoncé au droit d'en attaquer la forme . . . . . et le fond . . . . . c'est ce qu'il serait inutile d'examiner si la nullité était proposée et prononcée. — Zu dem nämlichen Resultat, aber nicht zu einer Competenzbegründung, führt die Wendung, welche Kohler dem hier ausgeführten Gedanken gibt, wenn er von „objectiver Incongruenz zwischen dem Unterlassen der Rüge und der Einlassung auf die Hauptsache" spricht: cf. oben N. 27.

Aus diesen beiden Gründen schreibt der § 247 Abs. 1 kategorisch vor:

„Prozeßhindernde Einreden sind vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen."

Läßt sich der Beklagte zur Hauptsache ein ohne Geltendmachung der prozeßhindernden Einrede, so ist dieselbe versäumt. Die Folge der Versäumung aber ist nach der allgemeinen Regel der §§ 208 und 209 die ipso jure eintretende Ausschließung mit dem Rechte, den Mangel der Prozeßvoraussetzung zu rügen.

Und zwar wirkt diese Präclusion einmal in praeteritum wie in futurum; sie nimmt nicht nur die im Moment der Einlassung schon bestehenden prozeßhindernden Einreden, sondern sie läßt auch solche nach der Einlassung nicht mehr entstehen; das ergiebt sich direkt aus § 247 Abs. 1 mit § 208 C.Pr.O.

Rücksichtlich der im Moment der Einlassung schon begründeten prozeßhindernden Einreden ferner ist die Präclusion principiell eine definitive. Denn die R.C.Pr.O. hat bekanntlich die Wiederbeseitigung ipso jure eingetretener Versäumungsnachtheile im Princip versagt[36]).

Es fragt sich, wie weit die von der R.C.Pr.O. statuirten Ausnahmen von diesem strengen Präclusionsprincip hier in Betracht kommen. Es sind das:

erstlich die Erlaubniß, versäumte Prozeßhandlungen, ohne die Notwendigkeit einer Restitution, in der höheren Instanz nachzuholen.

Diese Erlaubniß, im Interesse des materiellen Rechtes ausdrücklich ausgesprochen für die Angriffs- und Verteidigungsmittel, sowie für die auf die merita causae zurückwirkenden Erklärungen (§ 491 und 493 C.Pr.O.), ist eben so ausdrücklich ausgeschlossen rücksichtlich rein prozessualer Bemängelungen und speciell bezüglich der prozeßhindernden Einreden (§ 492 u. 490; cf. § 521 u. 520 C.Pr.O.). Das Interesse der Rechtssicherheit, aus welchem die Vorschrift des § 267, wie die des § 247 Abs. 1 emanirt ist, ver-

[36]) Motive zu §§ 201—208 des E. S. 458.

bietet auch die Möglichkeit, die Gültigkeit des Verfahrens noch in höherer Instanz in Frage zu stellen, es sei denn, daß der Ausschluß dieser Möglichkeit ein öffentliches Interesse von überwiegender Bedeutung verletzen, oder eine offenbare Ungerechtigkeit gegen die Parteien enthalten würde (s. unten zu N. 80)[37]).

Zweitens die Gewährung einer eigentlichen, strengen Restitution.

Sie ist in unserem Gesetzbuch nur gegen die Versäumung von Notfristen zugelassen, §§ 210 ff., relevirt also nicht hieher.

Endlich die Erlaubniß einer Nachholung „aus restitutionsähnlichen Gründen", wie die Motive zu §§ 201—208 des E. auf S. 459 sub b. sich ausdrücken.

Und hieher gehört auch die Bestimmung des § 247 Abs. 3 v. v.:

„Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, ... wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen[38])."

Es kann sich auch hier, der kategorischen Vorschrift des § 247 Abs. 1 und des § 208 gegenüber, nur um eine contra rigorem juris ex aequitate gestattete Nachholung handeln. Ipso jure stricto hat die Nachbringung einer prozeßhindernden Einrede nach der Einlassung des Beklagten keinen Raum mehr (s. oben). M. a. W., es handelt sich um eigentliche Wiedereinsetzung[39]). Aber um eine brevi manu erteilte Restitution. Es liegt uns die schon im römischen Recht in ganz ähnlichem Zusammenhang aufge-

---

[37]) Interessant ist es, ganz die nämliche Bestimmung und Begründung schon bei Gobler, gerichtl. Proz. fol. 131 zu lesen.

[38]) Die hier weggelassenen Worte „wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann", enthalten nicht eine Restitution gegen die Präclusion, sondern eine im öffentlichen Interesse aufgestellte Ausnahme von der Präclusion, wovon in anderem Zusammenhang (unten Text zu N. 80 ff.) zu sprechen ist.

[39]) Einverstanden: Endemann, Wach und Fitting; cf. letzteren l. c. S. 228 N. 8.

deckte[40]) Erscheinung vor, daß der Gesetzgeber nur den Erfolg der Restitution ohne sie selbst erwähnt, weil die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung so einfach sind, daß das Gesetz bei deren Vorliegen gestatten konnte, die prozeßhindernde Einrede, um deren Restitution eigentlich erst gebeten werden müßte, gleich zu opponiren, als wäre sie schon restituirt[41]). Die Restitution des § 247 Abs. 3 hat nominell aufgehört, eine solche zu sein, und hat sich „in ein ordentliches gesetzliches Rechtsinstitut aufgelöst". Daraus aber, daß sie inhaltlich Restitution geblieben ist, erklärt sich vollkommen, daß das Nachbringen der prozeßhindernden Einreden auch nur bei unverschuldeter Versäumung gestattet ist.

Denn eigenes Verschulden des Imploranten schließt bekanntlich die Restitution aus[42]).

Es ist aber der Beklagte „ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen"[43]), die prozeßhindernde Einrede vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen, nur

---

[40]) Nämlich hinsichtlich der Frage: „ob und unter welchen Modalitäten im Prozeß der diocletianischen und späteren Zeit eine im Anfang versäumte Exceptio noch in einem späteren Stadium des Prozesses nachträglich opponirt werden könne?" Von Eisele, zur Geschichte der prozessualen Behandlung der Exceptionen, 1875 S. 1 S. 28 ff.

[41]) So erklärt Eisele l. c. S. 29 das dem „können geltend gemacht werden" des § 247 Abs. 3 völlig adäquate opponi posse, obiicere licere der l. 2 C. sent. resc. n. posse 7,50 und der l. 8 C. de except. 8,36.

[42]) Vgl. Wetzell, System § 53 zu N. 28. Diese Strenge in der Gewährung der Restitution rechtfertigt sich bezügl. der Incompetenzeinrede um so mehr, weil 1) die Präclusion selbst einem öffentlichen Interesse dient, 2) ein Irrtum des sich einlassenden Beklagten im Parteiprozeß durch die Vorschrift des § 465 überhaupt unmöglich gemacht, im Anwaltsprozeß nur sehr selten sein wird, 3) für Verschuldung aber überdies der Anwalt dem Beklagten nach den Grundsätzen des Mandats haftet (cf. auch § 97 C.Pr.O.); endlich 4) die Milde gegen den Beklagten bezüglich der Restitution zur Schädigung des Klägers führen würde: Eisele l. c. S. 64.

[43]) Die „Studie zur Civilprozeßordnung" von Völderndorff in der Z.S. f. D. C.Pr. I. S. 226 ff, die sich die Aufgabe gestellt hat, den Begriff des „Verschulden" in der neuen Prozeßgesetzgebung festzustellen, hat diese Aufgabe u. E. nicht gelöst. Ueberdies hat sie bei der Sammlung des gesetzlichen Materials (sub I. 1. c.) unseren § 247 Abs. 3 ganz übersehen.

einmal, wenn sie erst später entstanden ist;

und dann, wenn unverschuldeter Irrtum von der Vorbringung der bereits entstandenen Einrede abhält.

Nur in diesen beiden Fällen also kann der Beklagte eine prozeßhindernde Einrede noch nach der litis contestatio nachbringen, in allen übrigen ist er damit endgültig präcludirt.

Den formellen Grund dieser Präclusion haben wir in der Vorschrift des § 247 Abs. 1 mit § 208, den materiellen Grund in dem Streben des Gesetzes, prozessuale Bemängelungen zu beschränken im Allgemeinen und in der Natur der Prozeßvoraussetzungen insbesondere erkannt.

Diese Gründe erklären die Präclusion vollkommen; die Verweisung auf einen in der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten liegenden Verzicht desselben auf die Rüge des Mangels ist überflüssig. Sie ist aber auch unrichtig. Auf den Willen des Beklagten kommt es absolut nicht an. Die Gründe, aus welchen die Präclusion mit prozeßhindernden Einreden an die Einlassung geknüpft ist, sind von dem Willen des Beklagten bei der Einlassung unabhängig. Und die Beschränkung der Restitution gegen die Einlassung zeigt deutlich, daß der § 247 auf den Mangel des Verzichtwillens beim Beklagten keine Rücksicht nimmt. Er hat z. B. mit der Einlassung die Einrede der mangelnden Prozeßkostenkaution verloren, auch wenn er nicht entfernt auf diese Kaution verzichten wollte, vielmehr den Kläger irrtümlich für einen Inländer hielt.

Was Bülow in seinen „Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten" [44]) als Abwehr- und resp. Präclusions-Princip bezeichnet hat, wonach der Tatbestand civilprozessualer Rechtsinstitute zu einem großen Teil nicht blos aus Handlungen, sondern auch aus Unterlassungen, nämlich aus Versäumungen von Abwehrungsrechten, zusammengesetzt ist, welche dann als solche, ohne Rücksicht auf den Willen und eine etwaige Verschuldung des Unterlassenden, rechtswirksam sind, ist jedenfalls, soweit es sich im

---

[44]) cf. insbes. S. 54 u. 55 daselbst.

Civilprozeß um Parteirechte, nicht um Parteipflichten und Richteramt handelt, unbestreitbar[45]).

Wenn das Gesetz, seine Vorarbeiten und Commentatoren trotzdem in solchen Fällen von einem „Verzicht“ sprechen, so darf man nicht übersehen, daß in der Unterlassung der Abwehr ein stillschweigender Verzicht auf das Abwehrungsrecht wirklich liegen kann und, soweit es sich um Anwaltsprozesse handelt, so regelmäßig liegen wird, daß der Gesetzgeber und der Commentator ihn zur Entschuldigung und Rechtfertigung des rigor praeclusionis wohl mit heranziehen kann. Man darf ferner nicht übersehen, daß in Stellen wie § 247 nicht der Verzicht als Grund der Präclusion, sondern die Unverzichtbarkeit als Grenze derselben fungirt[46]). Wo aber wirklich ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht als Quelle der Rechtsverwirkung gemeint ist, da dürfen wir wohl mit Bülow[47]) behaupten, daß dies eine „Verirrung“ und den wahren Intentionen der C.Pr.O. nicht entsprechend sei.

Wenden wir das bisher Gesagte auf die Z. 1 des § 247 speciell an, so ist also die Competenz des Gerichts zu einer Voraussetzung des gültigen Zustandekommens des Prozesses vor diesem Gericht erklärt; d. h. beim Mangel der Zuständigkeit kann der Kläger hier seine Klage nicht durchführen; braucht der Beklagte sich auf dieselbe hier nicht einzulassen; darf dies Gericht sich mit der Sache nicht befassen. Geschieht es doch, so ist das Verfahren ungültig. Und zwar ist diese Ungültigkeit Nichtigkeit[48]). Dies

[45]) Vgl. Wach, Präclusion und Contumaz in Grünhut's Zeitschr. VII. S. 131 ff.

[46]) cf. unten zu N. 81.

[47]) Bülow, l. c. S. 79 N. 63.

[48]) Im gemeinen Recht war darüber kein Zweifel, vgl. Wetzell, § 39 sub 2; Renaud, § 27 N. 2, § 43 N. 3, § 184 N. 4; s. auch Bülow, Prozeßvoraussetzungen S. 303. Auch die neueren Prozeßgesetze statuirten meist Nichtigkeit. Renaud l. c. § 184 N. 4 und die in den Mot. zu § 489 D. E. citirten Gesetze. Dagegen nehmen für die R.C.Pr.O. keine Nichtigkeit an: Wach, l. c. S. 398 oben; Fitting, l. c. S. 247 (beide selbst bei ausschließlicher Zuständigkeit); Kohler, l. c. S. 398. — Daß die Nichtigkeitsklage des § 542 nicht gegeben ist, daß die Nichtigkeit geheilt werden kann, sind noch keine Beweise gegen das Vorhandensein derselben.

folgt zwar noch nicht daraus allein, daß § 247 Z. 1 die Zuständigkeit zur Prozeßvoraussetzung erklärt. Die Prozeßvoraussetzungen des § 247 sind sehr verschiedener Natur und darnach ist auch die Wirkung ihres Mangels eine verschiedene[49]). Es kommt darauf an, ob die einzelne Prozeßvoraussetzung lediglich im Privatinteresse oder zugleich im öffentlichen Interesse aufgestellt ist. Bei der Zuständigkeit trifft das Letztere zu: cf. unten S. 26 ff. Ihr Mangel macht daher die Procedur nichtig. Daß dies auch der Standpunkt unseres Gesetzes sei, zeigt der § 513 Z. 4. Es handelt sich im § 513 um prozessuale Mängel der wesentlichsten Art (Mot. zu § 489 E.); unter ihnen nennt Z. 4 auch den: „wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat". Wie die Entstehung der Z. 4 beweist und auch alle Commentatoren annehmen, ist hier unter Zuständigkeit sowohl die Competenz im eigentlichen Sinn, als auch die Zulässigkeit des Rechtswegs zu verstehen. Der Mangel der letzteren vernichtet unzweifelhaft die Procedur; dann kann aber von dem Mangel der Competenz nichts Anderes gelten[50]).

Als Nichtigkeit müßte die Ungültigkeit von allen Prozeßsubjekten geltend gemacht werden können.

Daß jedoch der Kläger es regelmäßig nicht kann, bringt der Grundsatz mit sich, daß prozessuale Nichtigkeiten von dem, welcher sie verursachte, nicht urgirt werden können[51]).

Dagegen darf und muß der Richter die Unzuständigkeit ex officio urgiren, s. unten S. 30; und darf der Beklagte sie mit

---

[49]) Fitting, l. c. S. 240 ff.; Kohler, l. c. S. 393.

[50]) Und daß die Unzuständigkeit vom Gesetzgeber als einer der hervorragendsten Procedurmängel betrachtet wird, beweist auch § 509; cf. zu ihm Struckmann u. Koch, sub 2.

[51]) Gesetzlich formulirt in der bair. Pr.O. v. 1869 art. 219: „Eigene Handlungen darf Niemand anfechten, außer soweit die Nichtigkeit auch von Amtswegen zu berücksichtigen ist"; auf Grund des französischen Rechts: vgl. die Entscheidungen bei Carré, Lois de la procédure civile (4. edit. par Chauveau Adolphe) I. introd. p. LVII.; II. p. 220 n. 1: qu'on ne peut jamais plaider contre son propre fait; qu'une nullité ne peut être proposée par celui du fait duquel elle provient. Vgl. unten unsere N. 80 und N. 86.

prozeßhindernder Einrede geltend machen. Jedoch verwirkt er nach unserem § 247 das Recht, die Unzuständigkeit zu rügen, sowie er sich vor dem unzuständigen Gericht auf die Hauptsache eingelassen hat — nicht weil darin ein Verzicht auf dies Rügerecht, eine Unterwerfung des Beklagten unter das unzuständige Gericht läge, sondern weil eben das Gesetz die Vorbringung der exceptio fori incompetentis v o r der Einlassung sub poena praeclusi vorschreibt[52]).

Wie aber in aller Welt soll dieses Verhalten des Beklagten, diese Verwirkung der exceptio fori incompetentis, dazu kommen, das gesetzlich unzuständige Gericht zu einem gesetzlich zuständigen zu machen? Aus ihrem inneren Wesen folgt dies offenbar nicht; denn dies hat mit den beiden allgemeinen Competenzgründen der C.Pr.O.: Gesetz und Wille der Parteien, Nichts zu tun. Bliebe also zunächst nur die Annahme, daß der § 247 Abs. 3 einen neuen, dritten Competenzgrund aufstellen wollte, der dann eben nur der Taufe bedürfte. F o r m e l l tut das der § 247 Abs. 3 wieder nicht; er handelt von den Grenzen des Vorbringens prozeßhindernder Einreden, aber nicht von der Zuständigkeit. Das ist auch gar nicht seine Sache, denn die Lehre von der Zuständigkeit, mindestens von den allgemeinen Competenzgründen, gehört in den allgemeinen Teil der C.Pr.O. Aber auch i n h a l t l i c h tut es der § 247 Abs. 3 nicht. Seine Tendenz ist: die Geltendmachung der Unzuständigkeit durch den Beklagten, nachdem einmal die Einlassung zur Hauptsache erfolgt ist, zu verhindern. Dazu genügte es vollständig, daß er dem Beklagten das Mittel der Geltendmachung nach der Einlassung nahm. Nichts anderes tut er. Die Folge davon ist, daß weder das, was der unzuständige Richter bisher in der Sache vorgenommen hat, noch das, was er weiter vornimmt, von den Parteien weiter angefochten werden kann. Soweit also die Geltendmachung der Unzuständigkeit lediglich Sache der Parteien ist, convalescirt das Verfahren des unzuständigen Richters von der Einlassung des Beklagten an. Aber unzuständig bleibt der Richter.

---

[52]) W a ch, S. 382 nach N. 26.

In keiner anderen Rechtsdisciplin ist man bis jetzt auf den Gedanken gekommen, daß, wenn das Recht, ein ungesetzliches Faktum anzufechten, aus rein äußerlichen Gründen verloren gegangen ist, das Faktum selbst ohne Weiteres ein gesetzliches würde. Das Faktum ist nur ein trotz seiner Ungesetzlichkeit unanfechtbar gewordenes; aber factum ipsum infectum fieri non potest.

Wenn die Strafverfolgung wegen eines Verbrechens durch den Tod des Täters, durch s. g. tätige Reue, durch Begnadigung unmöglich geworden ist, hört damit das begangene Verbrechen etwa auf, ein solches zu sein und wird es etwa zu einer rechtlich erlaubten Tat? Wirkt das Faktum des Verbrechens nicht sogar noch nach dem Tod des Verbrechers selbst auf dem Rechtsgebiet (§ 30 R.St.G.B.)? Uebt nicht trotz der Begnadigung das Faktum des Verbrechens Einfluß auf die Strafzumessung bei der Bestrafung wegen anderer Verbrechen, u. s. w.?

Verwandelt sich etwa durch die Verjährung der Eigentumsklage der unvollkommene Erwerb des Besitzers ohne Weiteres in einen vollkommenen? bedurfte es nicht positiver gesetzlicher Vorschrift, um die longi temporis praescriptio zur usucapio zu machen? bleibt nicht die malae fidei possessio was sie ist, trotzdem die praescriptio triginta annorum dem Eigentümer seine Eigentumsklage genommen hat? Ja, gilt nicht selbst von der unvordenklichen Verjährung:

> „Zustände, in welchen eine Rechtsausübung sich nicht darstellt, werden auch durch die unvordenkliche Verjährung nicht zu rechtlichen erhoben?“ [53])

Auf dem Gebiete des Prozeßrechtes kann es nicht anders sein und ist es nicht anders.

Wenn die Ladung durch einen unzuständigen Gerichtsvollzieher oder unter Verletzung der gesetzlichen Formen geschehen ist, gleichwohl aber der Geladene erscheint und zur Sache verhandelt, so ist der Gerichtsvollzieher dadurch nicht zu einem zuständigen, die Ladung nicht zu einer formell richtigen geworden. Nur die Rüge der Ungesetzlichkeit ist nach § 267 verloren, der Mangel des

---

[53]) Windscheid, Pand. § 113 N. 5.

auf die ungesetzliche Ladung gebauten Verfahrens ist geheilt, la nullité est couverte, wie das französische Recht sagt. Wer möchte behaupten, daß, wenn der Beklagte sich auf die Klage einläßt, ohne die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten vorzubringen, diese Caution nicht weiter mangelt? Es kann eben nur gültig weiter prozessirt werden trotz des Mangels dieser Prozeßvoraussetzung.

Und nicht anders ist es auch, wenn der Beklagte vor einem unzuständigen Gerichte ohne exceptio fori incompetentis sich einläßt.

Der § 247 enthält kein competenzbegründendes Moment. Es ist unrichtig, daß das Verschweigen der Einrede der Incompetenz „die mangelnde Prozeßvoraussetzung herstellt" [54]), daß „durch die Tatsachen der Klageerhebung und der Einlassung" „die Zuständigkeit des an sich unzuständigen Gerichts begründet wird" [55]); daß das Gesetz „Prorogation eintreten läßt", „wenn sich der Beklagte ohne Rüge der Unzuständigkeit zur Hauptsache eingelassen hat (C.Pr.O. § 247 Abs. 1 vbd. Abs. 3 und §§ 208, 39)" [56]).

III.

Aber wenn denn § 247 an sich kein competenzbegründendes Moment enthält, trägt nicht eine andere gesetzliche Vorschrift, die des § 39, dasselbe in den § 247 hinein?

In der Tat scheint die Vorschrift des § 39 das oben aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen gewonnene Resultat wieder umzustoßen.

Sie nimmt den Tatbestand des § 247 Abs. 3, Einlassung des Beklagten in die Hauptsache ohne Geltendmachung der Unzuständigkeit, herüber in die Lehre von den allgemeinen Competenz-

---

54) Wach, l. c. S. 378.

55) Fitting, l. c. S. 242.

56) Fitting, l. c. S. 239. Der „Verzicht auf die prozeßhindernde Einrede", von welchem Fitting hier spricht, würde immer nur bewirken können, daß der Prozeß nicht mehr gehindert ist, aber nie, daß die Prozeßvoraussetzung gegeben sei.

gründen. Sie knüpft an diesen Tatbestand das Gebot, stillschweigende Vereinbarung der Parteien anzunehmen. Stillschweigende Vereinbarung der Parteien aber macht nach § 38 ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz zuständig. Ergo, lautet der nächstliegende Schluß, macht Einlassung des Beklagten ohne Rüge der Unzuständigkeit kraft positiver gesetzlicher Vorschrift das unzuständige Gericht zuständig.

Dies ist denn auch die allgemeine Auslegung des § 39.

Soferne freilich diese Auslegung sich stützt auf den § 247 [57]), glauben wir ihr schon sub II. die Stütze entzogen zu haben.

Wir haben aber noch nachzuweisen, daß auch für sich allein betrachtet der § 39 an die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten eine Competenzbegründung nicht knüpft.

Fitting l. c. S. 228 meint zwar, daß schon nach der Fassung des § 39 „nicht zu leugnen steht, daß durch vorbehaltlose Einlassung zur Hauptsache die Zuständigkeit des Gerichtes begründet wird".

Aber gerade die Fassung des § 39 muß uns stutzig machen.

Er ist in die Form einer Fiktion gekleidet. Nun steht doch nach dem tiefen Einblick, welchen uns neuere Forschungen, darunter auf dem Gebiet des Civilprozesses insbesondere die Bülow's, in das Wesen der gesetzlichen Fiktionen haben tun lassen, so viel fest, daß der Gesetzgeber durch eine Fiktion nicht Schwarz zu Weiß machen will noch kann. Er konnte, wenn der § 247 Abs. 3 in seinen Folgen das unzuständige Gericht zum zuständigen macht, dieser Zuständigkeit in § 39 den color conventionis verleihen, um durch diese „kurze Verweisung die mit einem Tatbestande (scil. der Vereinbarung) verbundenen Rechtswirkungen auch auf einen anderen Tatbestand (scil. der vorbehaltlosen Einlassung) zu

---

[57]) cf. Bülow, l. c. S. 42: „Da § 247 das bloße Schweigen des Beklagten, ohne Rücksicht auf eine zu Grunde liegende Prorogationsabsicht, competenzbegründend wirken läßt, so ist es auch unmöglich, den § 39 anders zu verstehen, als daß hier ebenfalls das Nichtgeltendmachen der Incompetenz die unmittelbare und von der Existenz einer Prorogationsabsicht unabhängige Rechtswirkung der Competenzbegründung haben soll."

erstrecken" [58]), aber er konnte nicht, wenn der § 247 Abs. 3 der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten competenzbegründende Kraft nicht leiht — und dies glauben wir bewiesen zu haben —, ihm dieselbe auf dem Weg einer Fiktion leihen. Sondern im Gegenteil: indem er die Zuständigkeit blos fingirt, zeigt er uns, daß er selbst eine Zuständigkeit nicht annimmt, sondern jenen Tatbestand nur so behandelt wissen möchte, als ob er Zuständigkeit begründe.

Man wird mir vielleicht erwidern: aber die Fiktion des § 39 erstreckt sich ja nur auf die Vereinbarung, nicht auf die Zuständigkeit. Muß der Richter einmal gemäß § 39 Vereinbarung annehmen, so ist nach § 38 wirkliche und nicht blos ficticische Zuständigkeit vorhanden.

Allein der Sophismus dieses Einwandes würde auf der Hand liegen. Wird denn ein Schluß dadurch zur Wahrheit, daß ich ihn durch einen falschen Untersatz aus einem richtigen Obersatz gewinne? Habe ich mich damit nicht doppelt angelogen? Wenn ich dem A. sage, daß B. unsterblich sei, und, um ihn davon zu überzeugen, den Weg wähle, daß ich den B. ihm als göttliches Wesen darstelle, habe ich damit eine Wahrheit und eine Unwahrheit oder nicht vielmehr zwei Unwahrheiten aufgestellt? Durch Unwahrheit kann man nicht zur Wahrheit kommen.

Wollte der § 39 an den Tatbestand des § 247 Abs. 3 wirklich den Effekt der Competenzbegründung knüpfen und zugleich diese Competenz wie eine durch Vereinbarung begründete behandelt wissen, so mußte ersteres in einer positiven Vorschrift geschehen, an die sich letzteres in Fiktionsgestalt anlehnen konnte [59]).

---

[58]) Bülow, l. c. S. 4. Der § 39 würde dann vollständiger ausgedrückt lauten:

„Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, und so das unzuständige Gericht in Kraft des § 247 Abs. 3 zuständig geworden ist."

[59]) Der § 39 würde dann etwa gelautet haben:

„Zuständigkeit wird auch begründet, und ist wie eine durch Vereinbarung geschaffene zu behandeln, wenn der Beklagte" u. s. w.

So wie er lautet enthält der § 39 in der Tat zwei Fiktionen: die der Zuständigkeit und die der Vereinbarung; er würde vollständiger ausgedrückt lauten:

„Zuständigkeit, und zwar durch stillschweigende Vereinbarung begründete, ist auch anzunehmen, wenn der Beklagte“ [59a]) u. s. w.

Diese beiden Fiktionen aber hat die Theorie bis jetzt mit merkwürdig ungleichem Maße gemessen [60]). Der Fiktion der Vereinbarung hat sie auf das Schärfste nachgewiesen, daß sie eben Nichts als eine Fiktion sei, und in Wahrheit eine Vereinbarung nicht vorliege [61]); der Fiktion der Zuständigkeit gegenüber hat sie die Augen verschlossen und wirkliche Zuständigkeit als durch das Gesetz vorgeschrieben angenommen. Und wegen des so erzielten Auslegungs-Resultates glaubt sie den Gesetzgeber mit Vorwürfen der Unklarheit, der Kurzsichtigkeit u. s. w. überhäufen zu dürfen!

In Wahrheit will auch der § 39 so wenig wie der § 247 Abs. 3 an die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten die Begründung einer Zuständigkeit für das an sich unzuständige Gericht knüpfen [61a]).

Dies Resultat bestätigt sich uns voll, wenn wir nun der Frage nach dem eigentlichen Inhalt des § 39, der sich hinter seinen Fiktionen verbirgt, näher treten.

[59a]) Damit, daß § 39 den Richter die Zuständigkeit blos annehmen heißt, aber nicht ihn zuständig machen will, dürfte in Zusammenhang stehen die Fassung des § 543 Z. 4.

[60]) Das Reichsgericht freilich scheint es mit beiden gleich ernst zu nehmen, l. c. S. 440 oben. Von den Theoretikern aber vergleiche man z. B. Bülow, l. c. S. 43 ff.; Wach, l. c. S. 383; Fitting, l. c. S. 228 einerseits, S. 232 andererseits.

[61]) In der Tat kann die „Vereinbarung“ des § 39 auch eigentlich gar nicht anders interpretirt werden. Denn der Fall, wo der Tatbestand des § 39: Einlassung des Beklagten ohne Geltendmachung der Unzuständigkeit, eine Vereinbarung wirklich ist, wird schon vom § 38 mit getroffen.

[61a]) Die Vergleichung der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten mit einer Vereinbarung bedeutet durchaus nicht, daß alle Wirkungen des letzteren Tatbestandes (incl. der Zuständigkeit) auch auf den ersteren Anwendung finden; so wenig die Gleichstellung des Schweigens mit dem Geständniß in § 129 auf alle Rechtsfolgen des Geständnisses ausdehnbar ist: s. Bülow selbst l. c. S. 54 N. 47.

Zu diesem Zweck müssen wir etwas weiter ausholen.

An der Competenzordnung ist überall das öffentliche Interesse mitbeteiligt neben dem Interesse der Privaten[62]). Das öffentliche Interesse an der Aufrechthaltung der Competenzordnung besteht nicht „allein in der Vermeidung zu großer Geschäftsüberlastung der Gerichte"[63]); es verlangt auch die Durchführung des materiellen Grundgedankens aller Verteilung der Zuständigkeit:

> „Es solle stets derjenige Richter entscheiden, von welchem unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse im einzelnen Falle am ehesten ein richtiges, zutreffendes Urteil erwartet werden könne"[64]).

Endlich hängen mit der Ordnung der (sachlichen) Competenz auch anderweite Institute (Anwaltszwang, Rechtsmittelsystem u. s. w.) aufs Innigste zusammen, an welchen die publica salus hervorragend interessirt ist.

Darum wenden sich die Regeln über die Zuständigkeit nicht blos an die Parteien, indem sie dem Kläger sagen, bei welchem Gerichte er seine Klage anbringen und durchführen könne, und dem Beklagten, bei welchem Gericht er sich auf die Klage einzulassen habe; sondern sie wenden sich auch an die Gerichte, sie ermächtigend und verpflichtend, in den ihnen zugewiesenen Sachen das Recht zu sprechen[65]).

Die Folge würde an sich sein, daß überall nicht blos die Parteien das Recht, sondern auch der Richter die Pflicht hätte, eine vorhandene Unzuständigkeit zu urgiren; und daß alles Verfahren und Urteil eines unzuständigen Richters unheilbar nichtig wäre[66]).

---

[62]) Dies wurde überzeugend ausgeführt in den Verhandlungen der hannoverschen Civilprozeß-Commission, Prot. II. S. 552 ff. — Für das gemeine Recht richtig: Glück, Comm. Bd. 3 S. 216; für das preußische: Koch, der preuß. Civilprozeß 1848, § 70 zu N. 6.

[63]) Wach, l. c. S. 380 cf. S. 384; vgl. Fitting l. c. S. 222.

[64]) Hannoversche Protokolle II. S. 554.

[65]) Hann. Prot. l. c.; Wach a. a. O. S. 373.

[66]) Hann. Prot. l. c.

Nun hat aber das positive Recht die Stellung des öffentlichen Interesses zum unleugbar ebenfalls hervorragend beteiligten Privatinteresse hinsichtlich der Competenzordnung mannigfach verschieden gestaltet. Es hat bald das öffentliche Interesse, bald das Privatinteresse in die erste Linie gestellt; es hat vereinzelt das Privatinteresse und beziehungsweise das öffentliche Interesse ganz verleugnet und für unbeteiligt erklärt [67]). Die beiden zuletzt bezeichneten Auffassungen jedoch sind so singulär und der Natur der Sache zuwider, daß es ausdrücklicher Gesetzesvorschrift bedarf, um sie als geltendes Recht zu betrachten.

Auf keinen Fall kann aus der Zulässigkeit einer Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit gefolgert werden, daß die Competenzordnung lediglich im Interesse der Parteien vom Gesetz aufgestellt sei, wie das Wetzell für das gemeine Recht [68]), Wach [69]) und Fitting [70]) für den Reichscivilprozeß tun. Aus der Gestattung einer prorogatio fori folgt so wenig, daß das öffentliche Interesse an der Zuständigkeit der Gerichte nicht beteiligt sei, wie im Strafrecht aus dem Erforderniß eines Antrages resp. aus der Erlaubniß der Zurücknahme eines gestellten Antrages zu

---

[67]) Ersteres das germanische Recht. Hier ließ „das Streben der einzelnen Rechtskreise . . . . sich ab- und die Einwirkung fremder Gerichtsgewalt möglichst vollständig auszuschließen" ein entgegenstehendes Privatinteresse nicht aufkommen; vgl. Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, I. 1 § 9 S. 44, S. 46 sub 3; § 13 S. 77. — Vgl. hieher auch die Abneigung der Allg. Pr.G.O. I. 2, § 164 gegen die Prorogation als einen „Eingriff in fremde Jurisdiktionen". — Letzteres das französische Recht nach der Auffassung der älteren Theorie; cf. jedoch unten zu N. 74 ff.

[68]) System § 39, Text vor N. 33.

[69]) L. c. S. 384 v. v.: „Damit ist die Competenzordnung, soweit sie durch Prorogation verschoben werden kann, der alleinigen Disposition der Parteien unterstellt."

[70]) L. c. S. 232 v. v.: „Nach dem System der Civilprozeßordnung stellt sich der Staat, so weit er Prorogation gestattet, der Prorogationsfrage ganz indifferent und interesselos gegenüber, und behandelt dieselbe lediglich als Privatsache der Parteien"; cf. denselben S. 250 unten.

Und wieder S. 395 unten v. v.: „Soweit Prorogation möglich ist, steht die Competenzfrage unter der ausschließlichen Disposition der Parteien. Wie es kein Officialinteresse an der Aufrechterhaltung der Competenzordnung giebt, so giebt es keine Officialprüfung der Competenzfrage."

schließen ist, daß an der Verfolgung der betreffenden Delikte die publica salus nicht interessirt sei.

Die Vorschriften über die Prorogation haben in dubio nur die Bedeutung, die Rangordnung zwischen dem öffentlichen und dem Privatinteresse festzustellen, zu sagen, wo und inwieweit die publica salus der utilitas privatorum weicht, und wo und inwieweit sie ihr vorgeht, aber nicht, die eine oder die andere für ganz ausgeschlossen zu erklären. Letzteres bedürfte ausdrücklicher Gesetzesvorschrift.

Dies festzuhalten aber ist von außerordentlicher Wichtigkeit für die Frage der Officialprüfung der Zuständigkeit durch den Richter.

Wo dieselbe nicht ausdrücklich vom Gesetz ausgeschlossen ist, da hat sie wegen der durchgängigen Beteiligung des öffentlichen Interesses an der Competenzordnung stets Platz zu greifen, auch soweit die Competenzordnung durch Vereinbarung der Parteien verschoben werden darf. Denn damit ist dem Richter nur gesagt, daß, wenn eine Vereinbarung der Parteien vorliegt, er, obwohl gesetzlich an sich unzuständig, zuständig geworden sei; während das Staatsinteresse, das er vertritt und das auch hier an der Zuständigkeit wenigstens subsidiär beteiligt bleibt, ihn verpflichtet, von Amtswegen zu prüfen, ob eine gültige Vereinbarung der Parteien vorliege, und verneinenden Falles die Sache wegen Unzuständigkeit zurückzuweisen.

Es sei gestattet zur Beleuchtung des Gesagten das französische, das gemeine und das Reichsrecht mit einander zu vergleichen.

Der Code de procédure civile gestattet den Parteien eine Competenzverschiebung durch Vereinbarung blos hinsichtlich der örtlichen Competenz, compétence à raison de la personne [71]); er gebietet dem Richter eine amtliche Zurückweisung einer an ihn

---

[71]) Vgl. C. pr. civ. art. 7; dazu Rauter, l. c. § 21, § 47; Boitard, l. c. § 103 p. 61; § 350 p. 327; § 616 p. 600; und ferner die ebenfalls hieher gehörigen (Boitard, l. c. § 615 p. 599) Bestimmungen über das domicile élu C. civ. art. 111 mit C. pr. civ. art. 59 § 9.

gebrachten Sache nur bei sachlicher Incompetenz, incompétence à raison de la matière [72]).

Aus diesen Bestimmungen glaubte die ältere französische Theorie und Praxis folgern zu dürfen, daß die Regeln über die persönliche Zuständigkeit lediglich im Privat-, die über die sachliche Zuständigkeit lediglich im öffentlichen Interesse aufgestellt seien [73]).

Gleichwohl hat man sich veranlaßt gesehen, auch dem örtlich unzuständigen Richter eine Zurückweisung der Klage wenn auch nicht zu gebieten, so doch zu gestatten, selbst im Fall einer vorhandenen Prorogation, es sei denn, daß eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift, wie art. 7 C. pr. civ., ihm die Zurückweisung verbietet [74]). Dies enthielt jenem principiellen Standpunkt gegenüber offenbar eine Inconsequenz. Ist die örtliche Competenz wirklich purement d'intérêt privé, so ist auch kein Grund ersichtlich, weswegen der Richter einer Vereinbarung der Parteien darüber sollte entgegen treten können. Und in der Tat scheint die neuere Praxis und Theorie jenen principiellen und gewiß unrichtigen Standpunkt allmählig aufgeben zu wollen. Chauveau Adolphe bemerkt zu der in N. 4 aufgeworfenen Frage bei Carré l. c.: Il est maintenant de jurisprudence constante qu'un tribunal ne peut pas être forcé de juger des plaideurs qui ne sont pas nécessairement ses justiciables. Des raisons d'ordre public sont présentèes à l'appui de cette opinion.

---

[72]) C. pr. civ. art. 170, 424. Dazu vergl. Rauter, Cours de proc. civ. § 21 N. a; § 69; Boitard, l. c. § 350 p. 328; § 352 p. 329; Carré, l. c. II. p. 182 qu. 721; Dabelow, franz. Civilverfahren, § 68.

[73]) Vgl. statt Aller Rauter, Cours de procéd. civ. § 21, § 47, und Boitard, l. c. § 351 p. 328; § 616 p. 601. Letzterer sagt von der compétence ratione personae „elle est purement d'intérêt privé"; von den Regeln über die compétence ratione materiae „qui ne sont pas d'intérêt privé, mais bien de droit public". Rauter beruft sich für den Ausschluß der Prorogation bei der sachlichen Incompetenz ausdrücklich auf art. 6 C. civ. (= 145 § 1 D. de R. J.).

[74]) Boitard, l. c. § 352 p. 329; Carré, l. c. II. p. 182 qu. 721: Dans le cas où les parties consentent expressément ou tacitement à être jugées par un tribunal qui pourrait être décliné pour incompétence autre que celle à raison de la matière, ce tribunal est-il tenu de juger?

Ganz ähnlich, wie nach dieser Entwicklung des französischen Rechtes, kommt das öffentliche Interesse neben dem privaten zur Geltung im gemeinen Recht. Hier ist die Prorogation zwar gestattet sowohl hinsichtlich der sachlichen als der örtlichen Competenz, und nur ausgeschlossen, wo es sich um ausschließliche Zuständigkeit und da wo es sich richtiger Ansicht nach überhaupt nicht mehr um Zuständigkeit, sondern um Gerichtsbarkeit handelt. Aber der Richter braucht sich die Prorogation nicht gefallen zu lassen, er hat ein Recht des Widerspruches[75]), und bringt durch ihn das öffentliche Interesse an der Competenzordnung zur Geltung[76]).

Dies Widerspruchsrecht ist nun zwar nach der R.C.Pr.O. weggefallen. „Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch Vereinbarung der Parteien zuständig"[76a]). Aber damit ist durchaus nicht die Beteiligung des öffentlichen Interesses an der Competenzordnung auch nur auf dem Gebiete, auf welchem Prorogation zulässig ist, geleugnet[77]).

Das öffentliche Interesse soll auf diesem Gebiete lediglich dem privaten unter keinen Umständen vorgehen, wie dies nach französischem und gemeinem Rechte der Fall ist. Aber es steht hinter ihm; denn keine Bestimmung unseres Gesetzes erklärt das oben aus allgemeinen Gründen postulirte öffentliche Interesse an der Competenzordnung als nach unserem Rechte beseitigt. Es fordert Zurückweisung der Sache Seitens des unzuständigen Richters von Amtswegen, sobald eine gültige Vereinbarung der Parteien

---

[75]) Wetzell, System § 39 zu N. 37.

[76]) So wird das Widerspruchsrecht des Richters motivirt in den hannov. Prot. II. S. 552 ff.

[76a]) C.Pr.O. § 38. Der Abs. 2 des § 38 des E., wonach die Handelsgerichte ein solches Widerspruchsrecht haben sollten, ist mit der Beseitigung der Handelsgerichte hinweggefallen. An seine Stelle sind getreten § 103 Abs. 2, § 105 Abs. 2 G.V.G.

[77]) Vgl. oben die entgegengesetzten Behauptungen von Wach und Fitting in N. 69 u. 70. — Allein auch die Motive zu §§ 38–40 E. sagen im Anschluß an die Motive der hannov. Pr.O., daß bei Anordnung der Rechtspflege in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Gesichtspunkt auf das Interesse der Parteien nur der vorherrschende sei.

nicht vorliegt[78]); und daraus fließt von selbst als Grundregel der Satz, daß der Richter, wenn er sich nicht schon gesetzlich zuständig weiß, stets ex officio zu prüfen hat, zunächst ob eine Vereinbarung überhaupt möglich war? und dann ob eine Vereinbarung stattgefunden hat?

Nicht dankbar genug ist es anzuerkennen, daß das Reichsgericht diesen wichtigen Satz, unbeirrt durch die Zweifel und den Widerspruch der Theorie[79]), fest und klar ausgesprochen hat.

Nehmen wir nun an, Kläger habe Beklagten vor einen unzuständigen Richter geladen; Beklagter sei trotzdem erschienen und habe sich, ohne die Unzuständigkeit zu rügen, auf die Hauptsache eingelassen, so würde nach dem eben Gesagten der Richter zunächst zu prüfen haben, ob eine Vereinbarung überhaupt zulässig sei?

Ist diese Frage zu verneinen, so hat er die Klage wegen Incompetenz „von hier“ abzuweisen. Die Präclusion des § 247 mit § 208 trifft dann nicht zu; denn das öffentliche Interesse ist in solchem Falle an der Wahrung der Competenzordnung so sehr beteiligt, daß es die Heilung der durch die Unzuständigkeit hervorgerufenen Ungültigkeit der Procedur absolut verbietet. Der Beklagte behält also seine Incompetenzeinrede und kann sie, wenn der Richter die Klage nicht ex officio abweist, in jeder Lage des Verfahrens, selbst in den Rechtsmittelinstanzen noch geltend machen[80]). Der § 247 Abs. 3 drückt das mit den Worten aus:

---

[78]) Wie dies die baier. Pr.O. v. 1869 in ihrem art. 265 ausdrücklich vorgeschrieben hatte.

[79]) Wach l. c. S. 384: „Aus all' dem erhellt zur Evidenz, daß das Gericht im Allgemeinen seine Zuständigkeit in prorogirbaren Sachen von Amtswegen zu untersuchen nicht befugt ist.“ Fitting l. c. S. 241 v. v.: „Man sieht, daß man auf allen denkbaren Wegen immer wieder zu dem gleichen Ergebnisse gelangt, daß nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung, abgesehen von den Fällen, in welchen durch § 40 Abs. 2 die Prorogation ausgeschlossen ist, das Gericht seine Zuständigkeit niemals von Amtswegen zu prüfen hat.“

[80]) R.C.Pr.O. §§ 490, 520; cf. oben zu N. 37. — Wie der Beklagte kann auch der Kläger in einem solchen Falle zweifellos die Unzuständigkeit des Gerichts jederzeit rügen, obgleich der § 247 nur vom Beklagten spricht („Prozeßeinrede“, cf. übrigens auch Bülow, Prozeßvoraussetzungen S. 15

„Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn dieselben . . . . solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann.“

Dieser Ausdruck des Gesetzes legt folgenden Gedankengang nahe:

Der Gesetzgeber erblickt in der stillschweigenden Einlassung des Beklagten vor dem unzuständigen Richter offenbar einen Verzicht auf die Bemängelung der Incompetenz, eine freiwillige Unterwerfung unter den unzuständigen Richter. Dies ist aber dann, da auch Kläger mit der Anstellung seiner Klage vor diesem Gericht dasselbe als zuständig anerkannt hat, das Perfektwerden dessen, was der § 38 stillschweigende Vereinbarung über die Zuständigkeit nennt. Darum drückt der Gesetzgeber seine Intention, einen Verlust der Incompetenzeinrede da zu verhüten, wo das öffentliche Interesse die Heilung der Unzuständigkeit verbietet, mit den Worten aus: „prozeßhindernde Einreden“, „auf welche der Beklagte nicht verzichten kann“. Denn unverzichtbar ist die Incompetenzeinrede eben da, wo nach § 40 eine Vereinbarung über die Zuständigkeit ausgeschlossen ist. Nach allen Seiten also gehört der § 247 mit in die Lehre vom vereinbarten Gerichtsstand. Abschluß und volle Bestätigung würde dieser Gedankengang dann in § 39 finden.

Hiemit aber wären wir wieder in die Bahn gelenkt, welche zu jenen herben Kritiken des Gesetzbuches geführt hat und führen muß; und aus welcher wir den § 247 schon oben S. 17 ff. herauszuheben versucht haben.

Allein dieser Gedankengang ist durchaus nicht notwendig. Der Gesetzgeber konnte die Fälle, wo die Präclusion einer prozeßhindernden Einrede mit der Einlassung zur Hauptsache nicht eintritt, sehr wohl nach der Unverzichtbarkeit der Einrede, dem unträg-

---

zu N. 14). Der oben ad N. 51 angezogene Grundsatz trifft da, wo das öffentliche Interesse die Beachtung der Nichtigkeit absolut erheischt, nicht zu; so auch richtig Chauveau Adolphe zu der oben in N. 51 angezogenen Stelle bei Carré II. p. 220.

lichen Anzeichen der Beteiligung des öffentlichen Interesses [81]), bestimmen, auch wenn er in den Fällen, wo die Einlassung die Einrede präcludirt, überhaupt nicht an einen Verzicht als wirkende Ursache, oder doch nur an die Möglichkeit eines solchen dachte [82]).

So führen uns die obigen Worte des § 247 Abs. 3 auf die Lehre von der Vereinbarung des Gerichtsstandes nicht weiter zurück, als daß wir aus dieser (§ 40) die Fälle der Unverzichtbarkeit der exceptio fori incompetentis zu entnehmen haben: Wo eine Vereinbarung über die Zuständigkeit ausgeschlossen ist, da muß noch viel mehr eine einseitige Disposition über dieselbe ausgeschlossen sein, wie sie in dem vorbehaltlosen Einlassen des Beklagten vor dem unzuständigen Gericht unbestreitbar liegen kann.

Ist aber im concreten Fall Vereinbarung möglich, tritt also mit der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten Präclusion der Incompetenzeinrede ein, so würde diese Präclusion nach den obigen Ausführungen an sich den Richter der Competenzprüfung noch nicht entheben. Denn die Präclusion des § 247 mit § 208 enthält, wie sub II. gezeigt, an sich noch kein competenzbegründendes Moment, welches dem unzuständigen Gericht das weitere Verfahren gestattete. Die genannten Paragraphen bewirken lediglich, daß die Parteien die vorhandene Unzuständigkeit nicht mehr rügen können; aber sie machen den Richter nicht zuständig [83]). Er

---

[81]) l. 45 § 1 D. 50, 17.

[82]) cf. oben Text nach N. 45.

[83]) Vgl. hieher die Bemerkung Puchelt's ad § 267 sub 3. — Ein ganz ähnlicher Gedankengang wie im Text findet sich bei Boitard l. c. § 352 p. 329; er läßt hier den unzuständigen Richter, bei dem sich beide Parteien eingelassen haben, zu denselben sagen: Vous, demandeur, vous m'avez saisi, et par conséquent vous ne pouvez plus décliner ma compétence (cf. oben unsere N. 51); vous, défendeur, vous avez renoncé tacitement au droit d'opposer l'incompétence, et, par conséquent, vous ne pouvez le faire davantage; mais le droit me reste de me déclarer incompétent. Boitard fügt hinzu: Le tribunal a ce droit, aucun article ne le lui refuse. Auch Boitard also erkennt hier an, daß der Verlust des Rügerechts Seitens der Parteien den unzuständigen Richter nicht zuständig macht, daß er also das Recht (wir würden hinzufügen: und die Pflicht) behält, sich für unzuständig zu erklären, wenn ihm nicht positive Vorschrift dasselbe nimmt; vgl. hiezu unten unsere N. 85. — Im Schooße der

hätte daher an sich nun ex officio weiter zu prüfen, ob etwa in dem vorbehaltlosen Einlassen des Beklagten eine Vereinbarung der Parteien perfect und er daher nach § 38 C.Pr.O. zuständig geworden ist; er hätte, wenn er diese Frage verneinen müßte, immer noch ex officio die Klage abzuweisen.

Allein das würde „zu epinösen Nachforschungen über Wissen und Willen der Parteien hinsichtlich der Competenzverhältnisse führen, welche in prozessualischen Dingen möglichst zu vermeiden sind“ [84]).

Jene Prüfungspflicht mußte daher dem Richter abgenommen und ihm gestattet resp. geboten werden, auf alle Fälle trotz seiner Unzuständigkeit in der Sache weiter zu verfahren, sollte eine Vereinbarung auch in Wahrheit nicht vorliegen. Dazu bedurfte es aber einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift und sie finden wir in § 39 [85]).

Mit dem Gebote „Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen“, wendet sich der § 39 an den Richter und blos an ihn;

---

hannöv. Commission war ebenfalls in diesem Sinne die Aufnahme folgenden Satzes in den Entwurf beantragt worden: „Wenn ein an sich nicht zuständiges ordentliches bürgerliches Gericht angegangen und vom Gegner die Unzuständigkeit nicht sofort geltend gemacht ist, so kann das Gericht zwar auch von Amtswegen seine Unzuständigkeit aussprechen, eine Anfechtung eines gleichwohl abgegebenen Erkenntnisses ist aber auf Grund dieser Unzuständigkeit nicht mehr zulässig“; Prot. II. 555.

[84]) Kohler in der Besprechung von Wach's Princip des gewillkürten Gerichtsstandes Kr.V.J.S. XXII. S. 391.

[85]) Was der § 39 für uns als allgemeine Regel aufstellt, daß der unzuständige Richter bei stillschweigender Einlassung der Parteien weiter verfahren solle, ohne seine Unzuständigkeit zu urgiren, das schreibt für das französische Recht ausnahmsweise in Bezug auf die Friedensrichter vor der art. 7 C. proc. civ. Vgl. dazu Boitard, l. c. § 615 p. 599 v. v.: L'art. 7 déclare que, dans ce cas, le juge de paix jugera leur différend; c'est-à-dire que, bien qu'incompétent aux termes des art. 2 et 3, il ne peut pas déclarer d'office une incompétence à la quelle les parties ont renoncé. — Nach gemeinem Recht construirte man wohl aus der l. 2 § 1 D. de judic. die Regel, daß der Richter eine einmal angenommene Sache von Amtswegen nicht mehr ablehnen dürfe: cf. unten N. 167. Für unser neues Recht wäre diese Regel, da der Richter wegen Unzuständigkeit a limine nicht abweisen darf (Reichsger. l. c. S. 439), unanwendbar. Sie wird jetzt ersetzt durch § 39 R.C.Pr.O.

es hätte keinen Sinn, die Parteien, die ja bereits durch den § 247 mit § 208 der Bemängelung der Unzuständigkeit durch die Einlassung des Beklagten verlustig geworden sind [86]), und die es vielleicht ganz gegen ihren wahren Willen wurden, zu der Annahme zwingen zu wollen, sie hätten sich über die Zuständigkeit vereinbart!

Dem Richter gegenüber aber hat diese Nötigung den guten Sinn, ihm jede weitere Prüfung der Zuständigkeit zu untersagen, die ihm ohne solche gesetzliche Vorschrift nach allgemeinen Grundsätzen obliegen würde, ihn zu verpflichten, trotz seiner gesetzlichen Unzuständigkeit in der Sache weiter zu verfahren.

Und daß dies die eigentliche Bedeutung des § 39 sei, ist auch von Anderen nicht verkannt worden. „Gesetzt, daß der § 39 in dem Gesetzbuch fehlte", sagt Fitting [87]), „so müßte, wie nach dem römischen und gemeinen Rechte, das Gericht seine Unzuständigkeit aussprechen und die Klage von sich abweisen, so oft in irgend einem Stadium des Prozesses eine der Parteien bewiese, daß wegen irrtümlicher Annahme der Zuständigkeit auf Seite des Klägers oder des Beklagten eine Vereinbarung des Gerichtsstandes in der Tat nicht vorhanden sei" [88]).

Aber wenn der Zweck des § 39 ist, dem Richter zu sagen, er habe bei vorbehaltloser Einlassung des Beklagten seine Zuständigkeit nicht mehr weiter zu prüfen, warum dann, wie es allgemein geschieht [89]), dem Gesetz imputiren, es habe zu diesem Zweck in § 39 einen neuen allgemeinen Competenzgrund, die Unterlassung der Incompetenzeinrede oder die Einlassung, oder wie man ihn sonst bezeichnen mag, aufgestellt und sich dadurch in Widerspruch mit dem unmittelbar zuvor in § 38 aufgestellten gesetzt?

---

[86]) § 247 spricht blos vom Rügerecht des Beklagten. Daß aber auch der Kläger von Anfang an eine Rüge der Unzuständigkeit nicht habe, haben wir schon oben zu N. 51 aus allgemeinen Grundsätzen gefolgert. Der Kläger kann sein etwaiges Interesse nur dadurch wahren, daß er seine Klage vor dem unzuständigen Gericht zurücknimmt. Auch diese Möglichkeit aber nimmt ihm die Einlassung des Beklagten: § 243 Abs. 1 R.C.Pr.O.

[87]) L. c. S. 240.

[88]) Aehnlich Wach, l. c. S. 386 oben; Kohler, l. c. S. 393.

[89]) Vgl. oben S. 23.

Zu jenem Zwecke genügte es vollständig, den unzuständigen Richter anzuweisen, er habe bei stillschweigender Einlassung des Beklagten so weiter zu verfahren, als ob er zuständig geworden sei; genügte m. a. W. vollständig eine Fiktion der Zuständigkeit [90]), und bedurfte es keiner Aufstellung eines neuen Competenzgrundes. Daß diese Fiktion vom Gesetzgeber hieher, in die Lehre von den allgemeinen Competenzgründen gestellt wurde, hat nach ihrem Inhalt schon an sich nichts Auffallendes, hat aber noch den weiteren Grund, daß die Fiktion der Zuständigkeit an den allgemeinen Competenzgrund der Vereinbarung angelehnt werden sollte, dem sie innerlich näher steht, als dem Competenzgrund der gesetzlichen Bestimmung [91]). Diese Anlehnung geschah durch eine zweite Fiktion, die der stillschweigenden Vereinbarung, womit zugleich das Resultat erreicht wurde, die Schranken der Vereinbarung in § 40 auch zu Schranken der Annahme der Zuständigkeit für den unzuständigen Richter zu machen [92]).

---

[90]) Vgl. oben zu N. 59a ff., Fiktion im Sinne eines vom Gesetz gebrauchten Gleichnisses zum Zwecke analoger Anwendung von Rechtssätzen: Leonhard, Inwieweit giebt es ꝛc. Fiktionen? S. 14, S. 18 (eine „blos formelle Fiktion"). — Daß unter Umständen auch ein unzuständiger Richter gültig prozessiren und judiciren könne, anerkennt nicht nur das französische und gemeine Recht (oben N. 85 und unten sub V.), sondern auch die Motive zu §§ 38—40 E. S. 417 v. v.: „hat das Gericht, seiner Unzuständigkeit ungeachtet". Man denke ferner daran, daß nach dem System der C.Pr.O. jede durch Unzuständigkeit hervorgerufene Ungültigkeit heilbar ist, also das Verfahren und das Urteil eines unzuständigen Richters rückwärts gültig werden kann.

[91]) Dazu kommt negativ: zum § 247 die Fiktion zu stellen, mochte den Gesetzgeber die Erwägung abhalten, daß § 247 nicht blos von der Incompetenzeinrede, sondern von den prozeßhindernden Einreden überhaupt handelt. Immerhin wäre es vorzuziehen gewesen, wenn statt des § 39 ein Zusatz zu § 247 aufgenommen worden wäre, etwa des Wortlauts:

Ist nach den Bestimmungen dieses Paragraphen die Einrede der Unzuständigkeit sub 1 durch die Einlassung des Beklagten zur Hauptsache präcludirt, so hat der Richter ohne Prüfung seiner Zuständigkeit in der Sache weiter zu verfahren.

[92]) Auch Bülow, l. c. S. 46, Fitting, l. c. S. 240, um den bei ihrer Auffassung des § 247 (als eines Competenz schaffenden) nahe liegenden Gedanken zu beseitigen, daß § 39 „als völlig überflüssig" zu betrachten sei, (Fitting selbst l. c.) behaupten, daß er erforderlich gewesen sei, „um in

So hat uns denn die bisherige Untersuchung das Ergebniß geliefert:

Der § 247 knüpft an die stillschweigende Einlassung des Beklagten vor einem unzuständigen Gericht die Folge der Competenzbegründung nicht.

Gegen die Annahme aber, daß der § 39 es tue, streitet einmal die Unwahrscheinlichkeit, daß er dies in der vom Gesetzgeber gewählten Fassung tun wollte;

ferner die grammatikalische Unmöglichkeit in dem vorliegenden Wortlaut es zu tun;

weiter die Incongruenz dieses Mittels mit dem vom Gesetzgeber durch § 39 angestrebten Zweck;

und endlich die Consequenz, daß bei dieser Annahme den Gesetzgeber der Vorwurf der Unklarheit und des inneren Widerspruchs in der Regelung der allgemeinen Competenzgründe unvermeidlich treffen würde [93]):

ergo, so schließen wir, durch die stillschweigende Einlassung des Beklagten vor einem unzuständigen Gericht wird eine Competenz überhaupt nicht begründet.

Verbindung mit § 40 Abs. 2 festzusetzen, daß, abgesehen von den Fällen des § 40 Abs. 2, die Unzuständigkeitseinrede verzichtbar ist, was aus § 247 für sich allein nicht zu entnehmen sein würde."

Allein könnte denn wirklich, wenn wir den § 39 nicht hätten, noch ein Zweifel bleiben, daß ein Verzicht der Parteien da ausgeschlossen ist, wo eine Vereinbarung nicht möglich ist? Ich glaube doch, der Schluß a majore ad minus wäre auch so unvermeidlich; cf. oben S. 33. Aber daß, was der § 247 als Schranke der Präclusion den Parteien setzt, auch eine Schranke der Zuständigkeits-Annahme für den Richter sein solle, das mußte § 39 noch zum Ausdruck bringen.

[93]) Ich würde die übrigen Gründe, insbesondere den letztgenannten, schon für ausschlaggebend für die hier versuchte Auslegung des § 39 halten, selbst wenn man hinsichtlich der grammatikalischen Interpretation anderer Ansicht sein könnte. Der Vorwurf ungenauen Ausdruckes, welchen ich dann dem § 39 zu machen hätte, würde immer noch kein so schwerer sein, als der, den die gegenteilige Exegese ihm macht.

IV.

Dann also bleibt es bei den beiden gemeinrechtlichen Competenzgründen, Gesetz und Willensübereinkunft der Parteien [94]), auch nach unserer R.C.Pr.O. Wir haben keine drei Competenzgründe: Gesetz, ausdrückliche Vereinbarung vor dem Prozeß und Präclusion im Prozeß [95]).

Wir haben aber jene zwei auch wirklich und wahrhaftig.

Der § 38, wenn er ein an sich unzuständiges Gericht durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig werden läßt, spricht den wahren Willen des Gesetzgebers in vollkommen adäquater Form aus [96]), und wir haben es mit seinen Worten völlig ernst zu nehmen: Vereinbarung, Willensübereinkunft und Nichts Anderes ist das Princip des gewillkürten Gerichtsstandes in allen Fällen eines solchen. Der „vereinbarte Gerichtsstand", welchen jene irrige Interpretation des § 39 zu erdrücken droht, steht nach richtiger Ansicht in seiner früheren Kraft wieder da; ja er hat an Kraft dem gemeinen Recht gegenüber gewonnen [97]).

Er hat an Kraft gewonnen: dadurch, daß dem unzuständigen Richter nicht mehr wie nach gemeinem Recht ein Widerspruchsrecht gegen die Prorogation zusteht; das unzuständige Gericht wird durch Vereinbarung der Parteien zuständig [98]).

---

[94]) Fitting hat mit seiner Bemerkung l. c. S. 252 (die übrigens auch schon bei Beratung des hannov. Entw. — hannov. Prot. II. 553 und 554 — gemacht wurde) gewiß Recht, daß es im letzten Grund auch beim s. g. vereinbarten Gerichtsstand lediglich das Gesetz sei, welches den Richter zuständig mache. Allein doch nur in letzter Linie, während es dies für den s. g. gesetzlichen Gerichtsstand in erster Linie ist. Mir scheint daher dieser Sprachgebrauch ein wohlmotivirter.

[95]) Vgl. oben N. 5.

[96]) Ich kann nicht zugeben, daß „bei sorgfältiger Betrachtung die Ausdrucksweise der C.Pr.O. (scil. soweit sie von Vereinbarung spricht) unter allen Umständen als eine ungenaue und wissenschaftlich unhaltbare erkannt werden muß." (Fitting, l. c. S. 351.)

[97]) cf. hieher Wach, l. c. S. 383 ff.

[98]) Vgl. oben Text nach N. 76. Daß er weiter noch dadurch an Kraft gewonnen habe, daß entgegen dem gemeinen Recht auch der außergerichtliche Prorogationsvertrag nach der C.Pr.O. bindende Wirkung be-

Er hat seine frühere Kraft behalten, positiv und negativ.

Der Consens der Parteien bindet den Richter; er giebt ihm eine Zuständigkeit, die er früher nicht besaß, und nötigt ihn, eine Streitsache anzunehmen und zu entscheiden, die er sonst von sich hätte abweisen können.

Der Consens bindet auch die Parteien; den Beklagten, indem er ihm die exceptio fori incompetentis nimmt, die er sonst dem unzuständigen Gericht gegenüber hätte vorschützen können; den Kläger, indem er ihn, wenn der Vertrag in favorem rei abgeschlossen ist[99]), nötigt, bei dem unzuständigen Gericht zu klagen, beziehungsweise seine Klage durchzuführen[100]).

Und nur der Consens der Parteien giebt dem „gewillkürten Gerichtsstand" diese Kraft[101]), nicht der einseitige Wille, die „Unterwerfung", der „Verzicht" der einen oder der anderen Partei[102]). Der Beklagte kann solch einseitigen Willen des Klägers durch die Incompetenzeinrede, Kläger den des Beklagten durch Zurücknahme seiner Klage vereiteln. Nichts steht z. B. dem Kläger, der irrtümlich ein unzuständiges Gericht angegangen hat, im Wege, wenn Beklagter in der ausdrücklich erklärten Absicht, sich demselben zu unterwerfen, ohne Vorschützung der Incompetenzeinrede etwa nur zuvor noch Sicherheit für die Prozeßkosten vom Kläger verlangt, trotz dieses Unterwerfungswillens des Beklagten seine Klage zurück-

---

sitze (Wach, l. c. S. 384 N. 33), kann ich nicht zugeben; ich teile die herrschende Ansicht (Wetzell, System § 39 N. 30), daß dies auch schon gemeinrechtlich der Fall war.

[99]) Vgl. Motive zu §§ 38-40 E. in fine; fol. 416 rechts unten. Anders, wenn die Vereinbarung blos dem Kläger einen Gerichtsstand mehr schaffen soll, in welchem Fall ihm nach § 35 die Wahl offen steht. Der Preuß. E. § 38 erklärte dies Letztere als die Regel; dasselbe tut art. 59 § 9 C. proc. civ., was aber die Theorie und Praxis nicht gehindert hat, die angedeutete Unterscheidung zu machen. Boitard, c. 143 p. 109. Carré, lois de la proc. civ. I. p. 300 qu. 270. — Dagegen bestimmte Oldenburg, art. 24 § 1: „Der gewillkürte Gerichtsstand schließt die übrigen Gerichtsstände aus."

[100]) cf. zum Texte auch noch Fitting, l. c. S. 250.

[101]) Vgl. die cit. reichsger. Entsch. S. 439 unten.

[102]) Vgl. oben Text nach N. 23.

zunehmen, um sie beim zuständigen Gericht anzubringen [103]). Nichts hindert den Beklagten, welcher vor einem unzuständigen Gericht verklagt die Einlassung weigert, auf die Behauptung des Klägers, sie hätten diesen Gerichtsstand außergerichtlich vereinbart, zu antworten, daß seinerseits bei der Vereinbarung ein Irrtum unterlaufen sei.

Noch weniger natürlich als einseitiger Unterwerfungswille vermögen Klagerhebung und Einlassung ohne Unterwerfungswillen, lediglich im Irrtum geschehen, einen vereinbarten Gerichtsstand zu schaffen [104]).

Da endlich nur die Vereinbarung der Parteien dem Gericht die Zuständigkeit gegeben hat, so können sie ihm dieselbe auch durch Vereinbarung wieder nehmen [105]).

Diese Folgesätze alle, wie sie aus der „Vereinbarung" des § 38 an der Hand der allgemeinen Grundsätze über Consensualverträge sich ergeben, hat die R.C.Pr.O. nicht angetastet, nur Einen Specialpunkt ausgenommen; und damit kommen wir auf den § 247 zurück.

Die Tatsachen der Klageerhebung und der Einlassung des Beklagten auf die Klage vor einem unzuständigen Richter ziehen den Verlust der Geltendmachung der Unzuständigkeit für beide Parteien nach sich: § 247 mit § 208; § 243 R.C.Pr.O. Dieselben Tatsachen, wenn getragen von dem Bewußtsein der Unzuständigkeit, schaffen den (ausdrücklich oder stillschweigend) [106]) vereinbarten Gerichtsstand: § 38 R.C.Pr.O.

Insoweit also berührt die Präclusion allerdings das Gebiet der Vereinbarung. Und das führt zur Collision beider Principien, wenn jenen Tatsachen eine Willenseinigung der Parteien nicht entspricht. Dann verlangt das Vereinbarungsprincip die Möglichkeit einer Geltendmachung der Unzuständigkeit Seitens jeder Partei,

---

[103]) arg. § 243 Abs. 1 mit 247 Z. 4, 248 C.Pr.O.

[104]) cf. oben zu N. 27.

[105]) Hannov. Prot. II. 560 sub 2; 561. Im französ. Recht ist diese Frage bestritten: Carré, l. c. II. p. 182 qu. 271 bis, cf. auch unten N. 107.

[106]) Vgl. Wach, l. c. S 375 zu N. 4, Fitting, l. c. S. 222 unten.

das Präclusionsprincip verbietet sie. Das letztere, ein Ausfluß rein öffentlich rechtlicher Erwägungen, muß über das erstere, rein den Privatinteressen der Parteien dienende, den Sieg davon tragen.

Könnte daran noch irgend ein Zweifel bestehen, so würde ihn der § 39 beseitigen, der selbst der Unterstützung der Parteien durch eine amtliche Unzuständigkeitserklärung des Gerichts in diesem Fall im Interesse des ungestörten Fortgangs des Prozesses einen Riegel vorschiebt.

Aber mit der Wegnahme dieses kleinen Stückchens Territorium begnügt sich das Präclusionsprincip dem Vereinbarungsprincip gegenüber. Im Uebrigen erkennt es dasselbe in seinem ganzen oben skizzirten Herrschaftsgebiet rückhaltlos an [107]). Von einem Widerstreite beider Principien wider einander ist weiter keine Rede; noch weniger von einer Eliminirung des Gerichtsstandes der Vereinbarung durch die Präclusion. Muß sich ja doch denselben Eingriff in sein Gebiet auch der gesetzliche Gerichtsstand Seitens der Präclusion gefallen lassen: auch der Mangel gesetzlicher Zuständigkeit kann so wenig, wie der gewillkürte, nach der Litiscontestation mehr geltend gemacht werden. Das Interesse der Ordnung des Prozeßganges überwiegt insoweit selbst das Interesse der gesetzlichen Competenzordnung, um wie viel mehr der vertragsmäßigen [108]).

Und so ziehen wir unser Schlußresultat hinsichtlich des gegenseitigen Verhältnisses der §§ 38—40 und des § 247, soweit letzterer die Lehre der Zuständigkeit berührt, in Folgendem:

I. Der § 38 einerseits und der § 247 andererseits haben eine vollständig selbständige und principiell gegenseitig total unabhängige Bedeutung. Der § 38 statuirt im Interesse der Parteien eine Erstreckung der Zuständigkeit durch Vereinbarung, eine Norm,

---

[107]) Insbesondere kann trotz der Einlassung die durch Vereinbarung gegebene Zuständigkeit durch den übereinstimmenden Willen der Parteien wieder aufgehoben werden, durch Fallenlassen des Prozesses arg. § 243; vgl. oben N. 105.

[108]) Die prorogatio fori soll Nichts leisten, als zu den gesetzlichen Gerichtsständen einen weiteren hinzuzufügen, der dann aber allen Regeln unterworfen ist, die auch für diese gelten: Oldenburg, art. 23.

deren einzelne Consequenzen das Civilrecht suppeditirt; der § 247 statuirt im Interesse der Ordnung des Verfahrens eine zeitliche Schranke für die Einrede der Unzuständigkeit; eine Norm, die ihre nähere Erklärung teils aus der Lehre von den Prozeßvoraussetzungen, teils aus dem allgemeinen Grundsatz des § 267 C.Pr.O. erhält.

II. Die Lehre von der Vereinbarung über die Zuständigkeit und von der Präclusion der Incompetenzeinrede berühren sich insofern, als

1) beiden gemeinsam ist der § 40, welcher beiden ihr Gebiet beschränkt; als ferner

2) der § 247 seine Ergänzung erhält durch § 39, welch letzterer dem Richter wie ersterer den Parteien die Geltendmachung der Unzuständigkeit von der Einlassung des Beklagten ab verwehrt, dieser Einlassung den Anstrich einer Vereinbarung über die Zuständigkeit gebend [109]); als endlich

3) der § 247 eine der civilrechtlichen Consequenzen des § 38 teilweise coupirt, indem er den Beweis eines Mangels der Vereinbarung von der Einlassung des Beklagten ab principiell unmöglich macht.

V.

Nun hat aber Wach, unter der Beistimmung von Bülow, dem Präclusionsprincip einen geschichtlichen Hintergrund gegeben, der es unangreifbar zu machen scheint.

Wir dürfen es daher nicht umgehen [110]), den Versuch zu machen, uns mit demselben abzufinden.

---

[109]) Der § 39 ergänzt übrigens nicht nur den § 247, sondern auch den § 467. Hier ist entsprechend dem § 247 gesagt, daß wenn eine Partei auf die Widerklage oder die Klags-Erweiterung sich einläßt, ohne die Unzuständigkeit des Amtsgerichts zu rügen, ihr Rügerecht verloren ist. Nach § 39 aber hat dann auch der Amtsrichter in der Sache weiter zu verfahren, als ob er zuständig wäre. Dies übersieht wohl Wach, wenn er l. c. S. 384 den § 467 mit als Beleg dafür anführt, „daß das Gericht im Allgemeinen seine Zuständigkeit in prorogirbaren Sachen von Amtswegen zu untersuchen, nicht befugt ist“.

[110]) Wie Fitting freilich glaubte tun zu dürfen.

Vom Vereinbarungsstandpunkt, so lehrt Wach[111]), und von dem Satze ausgehend, daß auch in der ohne Rüge der Unzuständigkeit bewirkten Einlassung eine (stillschweigende) Vereinbarung liege, kam man zunächst dazu, den Einfluß des Irrtums dabei auszuschließen. Man ignorirte den Satz, daß Irrtum den Prorogationswillen negire, und gelangte so zu der allgemeinen Regel, „daß die Einrede der Incompetenz vor der L.C. vorgeschützt werden müsse, widrigenfalls sie präcludirt" und „die mangelnde Prozeßvoraussetzung hergestellt", d. h. also die Zuständigkeit begründet sei.

Das Präclusionsprincip bezeichnet Wach darnach als eine „eigentümliche und bedeutsame Entwickelung" der „Grundsätze über die Prorogation der richterlichen Competenz", als eine veränderte „Auffassung des gewillkürten Gerichtsstandes" [112]).

Die letzte Quelle dieser Entwickelung aber vermutet er „in der germanischen Rechtsgewohnheit, der ein Rückgreifen auf die richterliche Incompetenz nach einmal erfolgter Beantwortung der Klage unmöglich erschienen wäre" [113]).

Bülow[114]) adoptirt ohne Weiteres Wach's Darlegungen „über das spätere Schicksal der prorogatio fori", „wie auf Grund germanischer Rechtsanschauungen schon frühzeitig die Tendenz sich geltend macht, an Stelle des Consenserfordernisses das schließlich durch die neueste Gesetzgebung völlig[115]) durchgesetzte Princip einseitigen durch Unterlassen des Widerspruchs sanktionirten Vorgehens zu setzen".

Wem, der gleich uns mit freudigem Interesse und Beifall Bülow's Prozeßvoraussetzungen gelesen, drängen sich nicht unwillkürlich die Fragen auf: Ist es denn wirklich nur eine germanische Rechtsgewohnheit gewesen, daß nach erfolgter Ein-

---

[111]) L. c. S. 377 ff.

[112]) L. c. S. 373, S. 381.

[113]) L. c. S. 378 N. 15 unter Bezugnahme auf Planck, Deutsch. Gerichtsverf. I. 1 S. 413. Dies Citat bedarf der Ergänzung aus S. 387 sub 1.

[114]) L. c. S. 44 N. 41.

[115]) Aber cf. oben zu N. 5.

lassung auf die Klage die Frage nach der richterlichen Competenz abgeschnitten war? Ist denn dies nicht vielmehr schon nach römischem Recht ebenso gewesen?

War es nicht gerade Bülow, der schlagend nachwies, daß es lediglich Sache des Prätors, des Verfahrens in jure, vor der litis contestatio, gewesen ist, über die Competenz zu entscheiden [116]; daß es eine exceptio fori, welche in judicio, nach der litis contestatio zu erledigen gewesen wäre, nie, unter keinen Umständen, gegeben hat [117]; daß „eine Abweisung der Klage wegen Incompetenz dem judex geradezu verboten" war [118]?

Mit jeder wünschenswerten Bestimmtheit sagen die

l. 13 C. de except. 8, 36 [119]),

daß die Bemängelung der Competenz Seitens der Parteien gleich im Beginn des Rechtsstreites geschehen müsse; und die

l. 4 C. de jurisd. omn. jud. 3, 13 [120]),

daß sie nach der Litiscontestation ausgeschlossen sei.

Und in der Tat sind die Gedanken, welche dieser Bestimmung zu Grunde liegen [121]), zu sehr in der Natur der Sache und im

---

116) Prozeßvoraussetzungen S. 87. Auf S. 8 macht Bülow selbst aufmerksam auf die Analogie zwischen dem germanischen Verfahren der Antwortverweigerung, welchem (s. Planck l. l. c. c.) die Einrede des Beklagten, er sei vor dem unrechten Gericht geschuldigt, angehörte, und dem römischen Verfahren in jure, welchem die Rüge der Unzuständigkeit angehörte.

117) Pr.V. S. 91.

118) Pr.V. S. 93 vgl. S. 108.

119) Honor. et Theod. 415: Praescriptiones fori in principio litis a litigatoribus opponendas esse, legum decrevit auctoritas. Dazu Perezii Praelectiones in tit. C. 8, 36 sub 5: Dilatoriarum exceptionum haec est natura, ut omnes ante litis contestationem opponi debeant, d. l. ult., quandoquidem non respiciant causae merita, sed ea quae judicium potissime constituunt, ... sic ut constituto jam judicio praepostere opponerentur. Ueber die gewöhnlich ebenfalls hieher gezogene l. 52 pr. D. de judic. 5, 1 vgl. Bülow, Proz.V. S. 102 ff.

120) Constantin 331: Nemo post litem contestatam Ordinariae sedis declinet examen etc. Vgl. Perezii Praelectiones ad t. C. 3, 13 sub 5 in leg. cit. v. v.: quia ubi coeptum est judicium, sive ubi quis litem contestatus est, ibi litigare usque ad finem litis debet, neque potest declinatoriam exceptionem opponere.

121) Vgl. oben nach N. 32.

Zwecke des Prozesses begründet, als daß sie nicht in allen Rechten zu dem nämlichen Resultat führen sollten:

> vom Beginne des eigentlichen Prozesses, von der litis contestatio ab, ist die Bemängelung der Competenz ausgeschlossen; höchstens restitutio in integrum kann hier gegen das jus strictum helfen.

Nicht erst im Mittelalter hat man diese allgemeine Regel gewonnen, noch hat man sie „in äußerlichster Weise" [122]) an die l. ult. C. 8, 36 [123]) und das c. 20 X. de sent. et re judic. 2, 27 [124]) angeknüpft.

Die innerliche Rechtfertigung, die wir der Regel oben S. 12 ff. zu geben versucht haben, und die wir in den Motiven wie des französischen so des deutschen Prozeßgesetzes angedeutet fanden, und ebenso im römischen Rechte lesen [125]), begegnet uns nicht minder z. B. bei

Urbach, Processus judiciarius (scr. c. 1405) c. 26 de except. (ed. Muther, p. 131) v. v.:

> illam primo proponat, quia prius mittenda est securis ad radicem, scilicet ad jurisdictionem

und bei Chilian König, Prozeß, Praktika und Gerichts-

---

[122]) Wach l. c. S. 377. — Aeußerlich wurde die Regel vielmehr angeknüpft an die Vorschrift des r. R., daß „dilatorische Exceptionen vor der l. c. vorgebracht werden müssen, widrigenfalls sie definitiv versäumt sind", was man auf die fori declinatoria, die man für eine dilatoria hielt, übertrug und für sie in den im Text genannten Stellen lediglich angewendet fand: Eisele l. c. S. 61; S. 63 N. 74 mit S. 4 N. 3; Bülow, Proz.V. insbes. S. 18 ff. (cf. auch schon das c. 20 x. 2, 27 N. 124 v. v.: quas etiam tanquam dilatorias ante litis ingressum opponere debuissent.)

[123]) S N. 119.

[124]) Diese Stelle handelt von der mit der Einrede der Incompetenz verwandten (Wach S. 378) und früher vielfach mit ihr unter dem Namen declinatoriae judicii zusammenbehandelten (z. B. Petrus Termineus, Processus juris scripti c. XXVI.) s. g. exceptio judicis suspecti.

[125]) In der von der recusatio judicis suspecti (s. vorige Note) handelnden l. 16 C. de judiciis 3, 1 v. v.: post litem contestatam . . . . neque recusari posse, ne lites in infinitum extendantur.

ordnung, Teil 1 c. 43 „von den weren und exceptionibus“ [125a]) und nach ihm bei Justinus Gobler, Gerichtlich Prozeß (scr. 1536) 2. Teil, Tit. Von den Gegenwehren und Exceptionibus (ed. de 1542, fol. 129 a) in den Worten:

> Denn ein Richter muß zuvor erkennen, ob er ein Richter sei, ehe er etwas auf die Sachen erkennen mag.

Im römischen Rechte aber hatten wir demnach die Regel, daß die litis contestatio die Competenzfrage abschneide, neben der in alle ihre Consequenzen verfolgten [126]) Regel, daß Vereinbarung der Parteien ein unzuständiges Gericht zuständig mache. Wir hatten Präclusion und Vereinbarung neben einander. Und zwar standen sie schon damals völlig selbständig neben einander und hatten nichts weiter mit einander zu schaffen, als das Positive, daß die Vereinbarung auch in der stillschweigenden Einlassung der Parteien vor dem unzuständigen Richter perfekt werden konnte [127]); und das Negative, daß der Mangel einer Vereinbarung so wenig wie der Mangel einer Zuständigkeit überhaupt nach der l. c. mehr urgirt werden konnte [128]): mit Einem Worte, wir finden schon im r. R. das wahre und echte Präclusionsprincip und das Vereinbarungsprincip gerade so neben einander, wie wir sie oben sub II.—IV. in der R.C.Pr.O. zu finden glaubten. Von einer Begründung der Zuständigkeit durch die l. c. an sich, ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien, weiß auch das r. R. Nichts, trotz der unserem § 247 entsprechenden l. ult. C. 8, 36.

Soll sich nun gleichwohl eine Entwickelung des Vereinbarungsprincips zum Präclusionsprincip im Wach'schen Sinne historisch nachweisen lassen, so müßte diese Entwickelung notwendig entweder eine selbständige, vom römischen Recht unabhängige, oder

---

[125a]) Vgl. auch I. c. 42, wo Urbach in der im Text abgedruckten Stelle übersetzt wird v. v. „und leget also das Beil an die Wurzel des Baumes“.

[126]) cf. insbes. l. 15 D. de jurisd. 2, 1; l. 2 pr. D. de judic. 5, 1.

[127]) l. 1 D. de jud. 5, 1. Vgl. Placentinus bei Wach l. c. S. 375 N. 4.

[128]) arg. l. 13 C. 8, 36 cit.

eine an das römische Recht zwar sich anschließende, aber dasselbe irrtümlich auffassende gewesen sein.

Im ersteren Fall müßte ich immer noch, so lange meine oben versuchte Auslegung der R.C.Pr.O. nicht als eine irrtümliche nachgewiesen wird, Angesichts des im Gesetz und in den Motiven so klar und ausdrücklich proclamirten Vereinbarungsstandpunktes bestreiten, daß die R.C.Pr.O. sich jener selbständigen Entwickelung angeschlossen habe.

Im Falle einer unrichtigen Interpretation aber des römischen Rechts durch die frühere und neuere Doctrin, Praxis und Gesetzgebung würde ich um so mehr fundatam intentionem für meine Auslegung der R.C.Pr.O. haben, welche dieselbe nicht nur von dem Vorwurf inneren Widerspruches, sondern auch von dem weiteren, an jener irrtümlichen Auffassung Teil zu haben, befreien würde.

Daß nun in der Tat die spätere Entwickelung unserer Lehre ganz auf dem römischen Recht sich aufgebaut hat, daran läßt uns ein Studium der letzteren in der älteren Prozeßliteratur keinen Zweifel.

Die Lehre von der Vereinbarung über die Zuständigkeit welche dem germanischen Recht fremd war, und darum auch in der älteren deutschen Prozeßliteratur nur höchst stiefmütterlich behandelt wird [129]), fußt, wo sie sich findet, von vornherein auf dem r. R. [130]).

---

[129]) Man vergleiche z. B. Urbach l. c. c. VI. de foro comp. bei Muther p. 23; Chilian König, Praktika u. Prozeß c. 42.

Bei Perneder, Gerichtl. Prozeß, habe ich von der prorogatio fori Nichts gefunden; unter den arbitri, von denen er im 1. Teil, nach den „ordentlichen Richtern", handelt, können die gewillkürten Richter nicht mit verstanden sein. Das Gleiche gilt von Gobler, Gerichtl. Prozeß. Selbst bei Carpzov, Proc. juris, habe ich vergeblich darnach gesucht; im prooem. des t. 3 de foro competenti fehlt unter den (6) causae competentiae der consensus partium. Vgl. dagegen die ausführliche Besprechung bei Durantis, specul. judic. II. 1 § 1 sub 6 sqq.

[130]) So z. B. bei Zanger, tract. de except. II. 1 N. 78 sqq.; cf. N. 218 sqq.; N. 362 sqq.; bei Voët, comm. ad Pand. l. 2 t. 1 N. 14 sqq.

In der Lehre von der präcludirenden Wirkung der Einlassung auf die Klage, welche dem germanischen Recht mit dem römischen gemeinsam war, finden wir uns nicht minder überall auf das römische (und kanonische) Recht verwiesen.

Chilian König, Gobler, Zanger, Carpzov, wie sie Wach S. 378 ff. als seine historischen Gewährsmänner aufführt, sie alle berufen sich hinsichtlich der Präclusion der Incompetenzeinrede durch die l. c. auf die Italiener, auf den Speculator in erster Linie, und damit zugleich auf's römische Recht [131]).

Durantis führt uns denn wirklich auch auf die Spur des Irrtums, welcher die Genannten und die Späteren bis in unsere Tage herein von dem Standpunkt des reinen römischen Rechts in unserer Frage abgelenkt hat.

Gehen wir diesem Irrtum aber näher nach, so finden wir, daß die Entwicklung, die sich auf ihn stützt, vielmehr eine Erweiterung des Vereinbarungsstandpunktes, als, wie Wach behauptet, eine Verdrängung des Consenserfordernisses durch die Präclusion aufzeigt.

In den von den Genannten citirten Stellen seines Speculum judiciale

p. II. t. 2 § 5 vers. penul. und

p. II. t. 2 § 6 i. f.

sagt Durantis von der litis contestatio: Item post eam nulla dilatoria exceptio objicitur ut X. de re jud. c. inter monasterium (c. 20 X. 2, 27) und giebt als Grund dieser und anderer Wirkungen der l. c. an:

---

[131]) Chilian König in der von Wach abgedruckten Stelle: c. 61. Von der Wirkunge der befestunge des krieges; Gobler, Gerichtl. Proz., ed. de 1542, Teil II. Tit.: Von der Antwort oder kriegsbefestigunge fol. 136 b.; Zanger l. c. p. II. c. 1 sub 4; Carpzov l. c. t. 9 art. 2 N. 7. — Weiter schließen sich an Durantis noch an Jacob Kobel, Gerichtsordnung (ed. Breunle 1529) fol. 68 a.; Perneder, Gerichtl. Proz., Teil III. Tit. de except. fori declin. fol. 77 sqq. (ed. 1578); Goldstein, Enchiridion proc. judic. t. de effectu litis contestationis; Petrus Termineus, Proc. juris c. 32 de effectibus litis contestationis. — Daß Voët an der von Wach citirten Stelle vollständig auf römisch rechtlichem Boden steht, brauche ich nicht erst zu sagen.

per eam clauditur via multis allegationibus et diffugiis; et per eam subiicitur reus judici et obligatur actori.

Die litis contestatio als solche, will Durantis sagen, hat obligirende Kraft dem Kläger wie dem Richter gegenüber; judicio contrahitur. Daraus erklärt es sich, daß der Beklagte von der litis contestatio ab die exceptio fori incompetentis nicht mehr vorschützen kann; denn er hat sich dem Kläger wie dem Richter gegenüber verpflichtet, letzteren als den zur Entscheidung zuständigen anzuerkennen. Das eignen sich die Späteren an, und verwerten diesen Ausgangspunkt insbesondere auch zur Rechtfertigung der strengen Bestimmung, daß für den Verlust der Unzuständigkeitseinrede auf das Wissen des Beklagten um die Incompetenz Nichts ankommt: denn die litis contestatio ist ein Quasicontrakt[131a]).

[131a]) Schon früh machte sich übrigens noch eine andere Anschauung geltend, welche mit der im Text genannten ganz parallel geht: die Anschauung, als ob in jeder Einlassung vor dem incompetenten Richter, nicht blos in der Einlassung auf die Hauptsache, jener Quasicontrakt zu Stande komme, durch welchen der Beklagte sich seiner Incompetenzeinrede begebe, gewissermaßen eine Vordatirung des Quasicontrakts von der l. c. auf jedes frühere Verhandeln vor dem unzuständigen Richter. Diese Anschauung begegnet uns schon bei Tancred p. II. t. 5 § 1 (Bergmann p. 140), von dem offenbar die bei Wach S. 377 N. 9 abgedruckte Stelle aus Durantis entlehnt ist. (Vgl. auch Wach l. c. zu N. 7 u. 8.). Wir finden sie dann insbesondere bei den sächsischen Juristen, z. B. bei Rothschitz, Ordnung der Gerichtsleuffte Teil I. Tit. 2 Exceptio wider das Gericht; Termineus l. c. cap. XXVI.; Carpzov l. c. t. 9 art. 2 n. 7; Zanger l. c. II. 1 n. 4. Daher der Rat an die Advokaten, die Einrede der Incompetenz vor allen anderen vorzuschützen (Tancred und Durantis ll. cc.) oder doch andere Einreden nur unter Reservirung aller Rechte gegen den Gerichtszwang zu gebrauchen (Gobler l. c. fol. 19 b.); daher dann später die gesetzliche Vorschrift, die Incompetenzeinrede an erster Stelle zu gebrauchen, wie sie sich heute noch im französischen Recht (Code de proc. art. 169, 424 al. 2, wozu Boitard l. c. § 350 p. 326 sqq.) findet und auch für unser neues deutsches Prozeßrecht angeregt war (Hann. Prot. II. 562); daher, zugleich aber um Prozeßverschleppung durch Nacheinanderbringen der Prozeßeinreden zu verhüten, die gesetzliche Vorschrift, die Incompetenzeinrede jedenfalls nicht später, als andere Prozeßeinreden, sondern gehäuft mit ihnen vorzubringen, wie sie sich zuerst im sächsischen Rechte findet und im deutschen Rechte (R.C.Pr.O. § 247 Abs. 1) erhalten hat.

Hier die Belege:

Sie liegen einmal schon in der Tatsache, daß die in N. 131 Genannten sich für die präcludirende Wirkung auf Durantis und damit auch auf jene seine Construction berufen.

Sie liegen ferner in den Ausdrücken, in welchen sie dies tun, und welche sämmtlich jene Wirkung auf den Willen des Beklagten selbst zurückführen [132]):

so Chilian König, l. c. mit den Worten:

„wenn der Beklagte zu der Klage des Klägers antwortet, so nimmt er über sich den Gerichtszwang des Richters; wo er auch gleich sein bequemer Richter nicht ist, kann er ihn dann zu seinem Richter nicht verwerfen."

Ganz ähnlich Goldstein, Enchir. proc. judic. t. de eff. lit. cont. sub I.: Quando reus sive affirmative sive negative responderit, so nimmt er den Gerichtszwang über sich. Ita, quod etiam judex non sit ordinarius aut competens, amplius eum recusare non possit.

und Perneder, l. c. v. v.:

„Dann nach befestigung des Kriegß wirdt er mit solcher Exception nicht mehr zugelassen, sonder dafür geachtet, daß er in den Richter bewilligt [132a])."

Sie liegen weiter in folgenden direkten Wiederholungen Durantis' von Jacob Kobel, l. c.:

---

[132]) Diesen Umstand hat Wach nicht beachtet. Wie kommt es, daß schon damals, und zwar selbst von Schriftstellern, welche eine prorogatio fori gar nicht kennen, in der stillschweigenden Einlassung des Beklagten ein Prorogationswille fingirt wird?

[132a]) Hieher gehören aber nach dem in N. 131 a. Gesagten auch noch Tancred l. c. v. v.: quia si hanc dimittit et accedit ad alias, in jurisdictionem judicis consentire videtur; Rothschitz l. c. v. v.: „diese und dergleichen Exception, die die unbequemickeit des gerichtszwangs betrifft, sall der beklagte am ersten und vor allen dingen, ehe ehr etwas handelt, darmitte er ynn den gerichts zwanck etlicher mas bewillige, und sunderlichen vor der Contestirunge des krieges fürtragen"; Carpzov l. c. v. v.: sistendo sese coram judice incompetente in jurisdictionem judicis consentire et exceptioni declinatoriae renunciare censetur u. A. m.

„Zum andern von wirgklichkeit der befestigung des kriegs. Und ist das nach befestigung des kriegs der richter nicht verworffen werden . . . . . .

Und wirt auch der weg vyl übels durch befestung des kriegs beschlossen, der beklagt wirt dem Richter unterworffen, und wirt behefft dem kleger."

Petrus Termineus, l. c.:

Facta litis contestatione regulariter non amplius admittitur dilatoria exceptio

ut Specul. in tit. de lit. cont. § fin.

Ubi inter cetera eleganter inquit: Per litis contestationem clauditur via multis malitiis et reus judici subiicitur et obligatur actori;

Zanger, l. c. sub 83, wo er die Ausschließung der exc. fori incomp. durch die l. c. mit den Worten begleitet:

Nam judicio coepto seu lite contestata quis obligatur instantiae adeo, ut ab ea discedere non possit.

Sie liegen endlich in der selbständigen Darstellung von Voët, comm. ad. pand. l. 2 t. 1 sub 18 [133]), wo diese Construction am Klarsten und Ausführlichsten zum Ausdruck kommt, v. v.:

Sed quod scientes, jurisdictionem istius non esse magistratus et tamen consulto eum litis causa adeuntes, sola faciunt aditione; id in errantibus tamen operatur tandem subsecuta litis contestatio; si modo apud talem facta sit, cui partes etiam expressa voluntate jurisdictionem de isto prorogare negotio non vetantur, ut ante dictum. Lege scilicet tunc supplente defectum consensus ad prorogationem re-

---

[133]) cf. übrigens auch noch Gaill, practic. observ. l. 1 obs. 74 sub 5, wo er zur Begründung des Verbotes der mutatio libelli von der l. c. ab sagt: nam per litis cont^{em} demum quis obligatur instantiae adeo ut ab ea discedere et amplius poenitere non possit unter Berufung auf l. 25 D. 6, 1 und unter Hinweis auf die Gloss. ad l. 2 § fin D. de praet. stip. „quae dicit, in actu litis contestationis celebrari quasi contractum".

quisiti, in quantum fingit ac concipit, judicio quasi contrahi[134]), atque ita ex ipso facto litis contestationis consensum intercessisse; eo modo, quo et in ceteris quasi contractibus jus consensum naturaliter deficientem subfuisse fingit. l. 3 § 11, l. 5 § 2 D. de peculio[135]).

Damit ist nun freilich eine Brücke geschlagen, auf welcher man von der Präclusion des Beklagten mit der Incompetenzeinrede hinüber zur Begründung der Zuständigkeit gelangen konnte.

Und doch gehen die Wenigsten diesen Weg. Die Mehrzahl begnügt sich damit, den Verlust der Einrede Seitens des Beklagten, und namentlich die rigorose Nichtberücksichtigung des Irrtums dabei, durch den Hinweis auf die Contraktsnatur der l. c. in milderem Licht erscheinen zu lassen: Der Beklagte hat ja durch diesen obligatorischen Akt selbst in den Gerichtszwang gewilligt; sein etwaiger Irrtum erscheint gleichsam nur als unschädlicher Irrtum im Motiv.

Aber Zuständigkeit wird dadurch nach ihrer Ansicht noch nicht begründet.

Die Wenigen aber, die wie Voët auf jener Brücke zu einer durch die litis contestatio begründeten Zuständigkeit gelangten, die gelangten damit doch zu einer durch Vereinbarung begründeten. Nicht die mit der litis contestatio eingetretene Präclusion, sondern der in der l. c. liegende Contrakt schuf ihnen das forum prorogatum. Ja so wenig finden wir eine Bestätigung der von

---

134) Hier die Antwort auf die in N. 132 aufgeworfene Frage.

135) Freilich scheint Voët der Richtigkeit seiner Deduktion selber nicht ganz zu trauen. Denn im Anschluß an die im Text ausgeschriebenen Worte meint er: Jedenfalls sei so viel unzweifelhaft, daß nach der l. c. keiner der Streitenden den angegangenen Richter als unzuständig mehr ablehnen könne; einmal, quia ubi lis initium habuit, ibi et finem accipere debet l. 30 D. de judic. (vgl. dazu Bülow, Pr.V. S. 93), und dann weil, die Incompetenzeinrede vor der l. c. vorzuschützen, legum decrevit auctoritas, nulla inter scientes errantesque distinctione adhibita l. pen. et ult. C. de exc.; arg. l. 52 D. de judiciis — und damit wäre Voët glücklich wieder auf reellen Boden zurückgelangt: Präclusion der exc. fori incomp. durch die l. c. kraft positiver Vorschrift, aber keine Zuständigkeitsbegründung.

Wach behaupteten Entwickelung einer allmählichen Verdrängung des Consensprincips durch das Präclusionsprincip, daß im Gegenteil alle Ansätze zu der umgekehrten Entwickelung vorhanden sind, welche der l. c. präcludirende Wirkung nur zuschreibt, weil und insoferne sie eine wirkliche Vereinbarung enthält. Schon die Glosse nämlich ließ die exc[io] fori inc. durch die l. c. nur dann verloren gehen, wenn der Beklagte wissend um die Unzuständigkeit sich eingelassen habe:

Gloss. ad l. ult. C. de except. v. v:

> Item haec verba, quando sciunt judicem non competentem. alias si ignorant, quandocunque possunt opponere: ut s. si a non compete. judic. l. fi. (l. 4 C. 7, 48).

Und diese Ansicht wurde, nachdem sich auch Tancred[136]) und Durantis[137]) für sie erklärt, weit verbreitet auch bei den deutschen Prozessualisten. Perneder[138]), Kobel[139]), Chilian König[139a]), Termineus[140]) teilen sie.

Damit aber wäre die Einlassung des Beklagten in der Tat Nichts als jene „schlüssige Kundgebung des Prorogationswillens“ [140a]), welche zu sein sie von Tancred ab nach Wach aufgehört haben soll.

---

[136]) Ordo judic. p. 4 t. 1 § 3 v. v.: vel si in eum, qui jurisdictionem habet etc.

[137]) Spec. jur. II. 1 § 2 vers. 1 v. v.: et hoc in sciente etc. cf. auch II. 1 § 1 vers. 7 v. v.: Quid si duo adeunt judicem etc. Nicht nur die stillschweigende Prorogation (Wach l. c. S. 376 N. 9), sondern auch der Verlust der Incompetenzeinrede ist nach Durantis Ansicht bei Irrtum des sich einlassenden Beklagten ausgeschlossen.

[138]) Gerichtl. Proz. Teil III. Tit. de exc. fori declin. v. v.: „Er hett dann geirrt oder anders nicht gewüßt“ u. s. w.

[139]) Gerichtsordnung t. Exc. decl. judicii ed. Breunle f. 56 a. v. v.: „so du anders gewust hast“ u. s. w.

[139a]) Prozeß, Praktika u. s. w. Tit. 1 c. 40: Von den Dilationen und Fristungen v. v. „es sei denn daß die verzüglich Exception“.

[140]) Proc. jur. c. 26 de dilat. except. v. v. „nisi ignoravero esse judicem“ etc.

[140a]) Vgl. oben zu N. 127.

Doch dies nur beiläufig. Jedenfalls, denke ich, ist es uns im Vorstehenden gelungen, der von Wach behaupteten Entwickelung des Vereinbarungsprincips zum Präclusionsprincip gegenüber vielmehr eine Entwickelung von der Präclusion mindestens zum Quasicontrakt bis zum Ende des 17. Jahrh. nachzuweisen. Und so behaupten wir nun weiter, daß auf dieser Entwickelung direkt auch die neueren Gesetzgebungen in dieser Materie fußen.

Wir berufen uns auf die notorische Rolle, welche die Idee des Quasicontrakts auch durch das ganze 17. und 18. Jahrh. hindurch in der Lehre von den Wirkungen der L.C. in so hervorragender Weise spielte [141]; wir berufen uns darauf, wie diese Idee von den angesehensten Civilisten [142] und Prozessualisten [143] auch neuerer und neuester Zeit festgehalten worden ist; wir berufen uns endlich auf den Einfluß, welchen die „Prozeßobligation" auch auf die particularen Prozeßgesetzgebungen und deren Auffassung [144], insbesondere aber auf das preußische [145] und hannöversche [146] Prozeßrecht geübt hat: dies Alles läßt es als unzweifelhaft erscheinen, daß auch all die Aeußerungen und Erklärungen — so der französischen Theoretiker und Praktiker [147])

---

[141]) S. die zahlreichen Belege bei Buchka, Einfluß des Proz. II. S. 91 zu N. 21 (betr. den Ausschluß der mutatio libelli); cf. dens. I. S. 163.

[142]) Vgl. z. B. Keller, Litis-Contestation S. 76, S. 97, S. 129, und die anderen bei Windscheid, Pand. I. § 124 N. 1 Citirten.

[143]) Vgl. z. B. Bayer, Vorträge (10. Aufl.) § 186 S. 592, § 187 S. 595, S. 597; Bethmann-Hollweg, Versuche S. 149; und Heffter, System § 317 S. 398 v. v.: „Als einzelne positive, mit der Contraktsnatur zusammenhängende Wirkungen machen sich folgende bemerkbar.... daß keiner auch die Competenz des angegangenen Richters ferner bestreiten darf."

[144]) Vgl. z. B. Francke, Schlesw.-Holstein. C.Pr. § 129 zu N. 7: „Mit ihr (der l. c.) übernehmen die Parteien die Obligation, das constituirte judicium in der bestimmten Sache als das allein zuständige anzuerkennen."

[145]) Vgl. unten zu N. 170.

[146]) Vgl. unten S. 66.

[147]) Ich denke hier an die überall in dieser Lehre wiederkehrenden Aeußerungen, welche in der bloßen Tatsache des Nichtgebrauchs, der Incompetenzeinrede finden: ein renoncer tacitement au déclinatoire; se soumettre à la juridiction; attribuer compétence au tribunal Seitens des

wie unserer deutschen Gesetzgeber von den Beratungen der hannöverschen Commission an durch die Begründungen der verschiedenen Entwürfe hindurch bis zu den Motiven und sonstigen Materialien der R.C.Pr.O. — welche in der stillschweigenden Einlassung des Beklagten ohne Rücksicht auf einen etwaigen Irrtum die Kundgebung des Prorogationswillens sehen [148]), auf einem mehr oder weniger ernsten Glauben an das judicio contrahitur beruhen.

Nun wissen wir, daß wir im Sinn des römischen Rechtes es mit dem judicio contrahitur nicht ernst zu nehmen haben [149]); wir wissen, daß dieser Ausdruck von den römischen Juristen nur ganz beiläufig und rein vergleichsweise gebraucht wurde; wir wissen, daß sie daraus überhaupt keine Consequenzen gezogen haben, ganz sicher aber die nicht, daß durch die litis contestatio und den in ihr liegenden Contrakt der an sich unzuständige Richter zuständig werde [150]): ergo haben wir zunächst theoretisch und de lege ferenda den früher irrtümlich getanen Schritt zurückzutun und zu erkennen, daß die litis contestatio an sich jeder competenzbegründenden Kraft entbehre und daher lediglich präcludire, wie dies auch der Standpunkt des reinen römischen und des germanischen Rechtes war.

Sodann haben wir, da wir nur im äußersten Zwangsfall irrtümliche Ansichten als vom Gesetzgeber sanktionirt erachten dürfen, auch die lex lata wenn nur irgend möglich in diesem Sinne zu interpretiren. Und wenn daher das geschriebene Gesetz

---

Beklagten, oder wohl gar einen commun accord beider Parteien. Cf. Boitard l. c. § 103 p. 61; §§ 350 u. 351; § 615 p. 598; § 616 p. 600; Carré l. c. II. p. 176 etc. etc.

[148]) Ich rechne dahin insbesondere die so vielfach benutzten Stellen der Motive zu §§ 38–40 S. 417: „In § 39 wird ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervorgehoben" u. s. w.; und der Motive zu § 465 Abs. 1 S. 511 v. v.: „weil die Einrede der Unzuständigkeit nach § 39 zur Vermeidung der Rechtsfolge der Prorogation vor der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache geltend zu machen ist."

[149]) Vgl. zum Folgenden insbesondere Windscheid, Pandekten, § 124 N. 1.

[150]) Vergl. vielmehr unten N. 167.

nicht geradezu sagt: „Weil nach meiner Ansicht die litis contestatio einen contraktsähnlichen Charakter hat, so wird durch stillschweigende Einlassung das unzuständige Gericht zuständig“ [151]), so haben wir die Einlassung als Competenzgrund nicht anzuerkennen, wie sehr auch immer die Materialien des Gesetzes darauf hinweisen mögen. Wir haben dann dabei stehen zu bleiben, daß der Einlassung als solcher eben nur präcludirende Wirkung zukommt rücksichtlich alles dessen, dessen nachherige Vornahme in „objektiver Incongruenz“ zu ihr stehen würde, resp. dessen Vornahme das Gesetz eben positiv vor ihr vorschreibt. Um so gebotener ist dieses Verfahren der R.C.Pr.O. gegenüber — die, wie oben gezeigt, ihrer grammatikalischen Interpretation nach die Einlassung als solche competenzbegründend nicht wirken läßt — weil dieselbe einmal überhaupt die Einlassung fast all der Wirkungen, denen zu Liebe man sie früher als Quasicontrakt bezeichnete, zu Gunsten der Klagserhebung so sehr beraubt hat, daß Bülow geradezu ihre Existenz und Notwendigkeit als eigentlicher Prozeßbegründungsakt für unser Reichsrecht negirt hat [152]); und sodann weil der Satz „die Motive sind kein Gesetz“, wie längst anerkannt, gerade unserer R.C.Pr.O. gegenüber nicht genug beherzigt werden kann [153]).

Aber selbst wenn endlich die lex lata durch die stillschweigende Einlassung des Beklagten unbedingt und unzweideutig Zuständigkeit entstehen ließe [154]), so würde das nach der ganzen historischen Entwickelung, wie sie im Vorstehenden aufgezeigt wurde, nur eine Ausdehnung des Vereinbarungsprincips enthalten, und mit Nichten

---

[151]) Wie denn wohl nicht anders verstanden werden kann die bair. Pr.O. v. 1869, art. 265 mit art. 39; und der österreich. Entw. v. 1876, § 287 mit § 59.

[152]) Arch. f. d. civ. Pr. 62 S. 11 ff. In der R.C.Pr.O. sei offen zum Ausdruck gebracht, was man seither durch die litis contestatio ficta noch zu verdecken suchte: „das altrömische und altkanonische Zweiseitigkeitsprincip, das „judicio contrahitur“ gelte bei uns längst nicht mehr“ (S. 14 l. c.).

[153]) Vgl. Fitting l. c. S. 251; und statt vieler Anderer insbesondere Schultze, Z.S. f. D.C.Pr. II. S. 60 ff.

[154]) S. oben z. N. 151.

eine Anerkennung des Wach'schen Präclusionsprincips. Eine Analyse des Gesetzes würde dann immer nur folgendes Resultat ergeben: Zuständigkeit wird lediglich begründet entweder direkt durch gesetzliche Zuständigkeitsbestimmung oder aber durch Vereinbarung der Parteien. Diese Vereinbarung jedoch kann eine doppelte sein; entweder ein wirklicher Contrakt, wobei dann aber Consens der Parteien in der Tat vorliegen muß; oder Quasicontrakt, wie derselbe ohne alle Rücksicht auf wirklich vorhandenen Consens in der Litiscontestation liegt.

Das bloße Unterlassen der Incompetenzeinrede, das bloße Schweigen des Beklagten wäre damit als competenzbegründend nicht anerkannt, und schon damit würden die von Wach gezogenen praktischen Consequenzen seines Präclusionsprincips für den Fall des Nichterscheinens des Beklagten entfallen. — —

Haben wir so den historischen Grund, welchen Wach dem Präclusionsprincip gegeben hat, indirekt durch den Nachweis einer total anderen historischen Entwickelung vernichtet, so glauben wir es der Autorität Wach's und Bülow's schuldig zu sein, auch noch direkt jene historischen Belege zu widerlegen.

Wir glauben, nachdem wir seinen Quellen, so weit sie uns zu Gebote standen, nachgegangen sind, dartun zu können, daß kaum eine einzige für die von ihm behauptete Entwickelung beweist.

1) Die von Wach citirte Stelle bei Tancred, ordo judiciarius [155]) lautet:

> Si vero judex habet jurisdictionem super re, de qua sententiam profert, licet ante lem cam potuisset per exceptionem eius jurisdictio declinari, si tamen lite coram eo contestata sententiam tulerit, valida est;

wofür sich Tancred auf das c. 20 X. 2, 27 und die l. penult. (al. ult.) C. 8, 36 beruft.

Wenige Zeilen vorher aber steht eine von Wach nicht angezogene Stelle, wo es heißt:

> Et est sciendum, quod non competens judex dicitur,

[155]) p. IV. t. 1 § 3 ed. Bergmann, p. 270.

qui nullam habet jurisdictionem, puta . . . . vel si partes consentiant in eum, qui nulli praeest jurisdictioni . . . . vel si in eum, qui jurisdictionem habet, consentiant per metum vel per errorem.

Aus letzterer Stelle ergiebt sich also, daß Tancred noch unverrückt auf dem Vereinbarungsstandpunkt steht, wonach nur wirklicher Consens der Parteien den unzuständigen Richter zuständig macht.

Aus der von Wach citirten Stelle aber ergiebt sich im Zusammenhalt mit p. II. t. 5 § 1 (ed. Bergmann p. 140)[156]):

Generaliter tene, quod omnes exceptiones, quae ad declinandum judicem faciunt, in principio inter ipsa litis auspicia sunt proponendae et probandae; et qui tunc eas dimiserit, ad eas postmodum redire non poterit; ut l. pen. et l. ult. C. 8, 36; c. 20 X. 2, 27;

Nichts weiter, als daß Tancred von der l. c. ab die Geltendmachung der Incompetenz durch die Parteien für ausgeschlossen, den Richter aber für in der Lage erachtet, trotz der Unzuständigkeit ein gültiges Urteil zu fällen.

Das wäre also ganz unser Standpunkt; von einer Competenzbegründung durch Präclusion der Incompetenzeinrede ist keine Sprache, wie denn auch Wach selbst die von Tancred hier aufgestellte Behauptung ganz richtig dahin referirt, „daß das vom unzuständigen Richter gefällte Urteil gültig sei, wenn die l. c. vorangegangen und nicht andere Nichtigkeitsgründe vorliegen".

Ist dann aber nicht Tancred für Wach ein völlig untüchtiger Zeuge?

2) Die von Wach weiter abgedruckten Stellen aus Chilian König[157]) sagen von vorneherein Nichts weiter, als

---

[156]) cf. noch p. III. t. 1 § 6 (Bergmann, p. 199).

[157]) Sie sind beide, was Wach anzugeben versäumt, aus seinen „Praktika und Prozeß" c. 61 „Von der Wirkunge der befestunge des krieges"; die letztere wieder unter Berufung auf c. 20 X. 2, 27; die erstere cf. oben nach N. 132.

daß nach der l. c. der Beklagte dem Richter die Einrede der Incompetenz nicht mehr entgegen halten kann „wo er auch gleich sein bequemer Richter nicht ist".

Daß der Richter durch diese Präclusion zuständig werde, sagt König so wenig[158]), wie

3) die von Wach ferner abgedruckte Stelle aus der Wormser Reformation von 1498. Wenn aber in letzterer der Irrtum des Beklagten für völlig irrelevant der präcludirenden Wirkung der l. c. gegenüber erklärt wird, so hat dies von unserem Standpunkte aus nichts Auffallendes. Für die Präclusion muß, nach den inneren Gründen, die für sie sprechen, der Irrtum der Parteien irrelevant sein; befremdend wäre dies Ignoriren des Irrtums nur, wenn die Präclusion Zuständigkeit schaffen sollte.

4) Mit dieser Stelle der Wormser Reformation fällt dann zugleich für Wach's Ansicht Gobler als Gewährsmann hinweg, insoferne er jene Stelle in seinem gerichtl. Prozeß wörtlich wiederholt[159]).

Ich füge hinzu, daß Gobler im 2. Teil, Tit. Von der Antwort oder Kriegsbefestigunge, auch die erste der von Wach citirten Stellen aus Chilian König[160]), selbst mit des Letzteren Verweisungen auf Durantis, verbotenus wieder bringt[161]).

Die von Wach weiter citirten Stellen von 5) Zanger und 6) Carpzov können jedenfalls nicht direkt beweisen, was

---

[158]) Auch Chilian König steht vielmehr noch ganz auf dem reinen Vereinbarungsstandpunkt; cf. die Stelle oben zu N 139a. Damit harmonirt ein allerdings nicht von König selbst herrührender Zusatz in c. 42: „von der recusation des Richters" (ed. 1567): Adde Potest tamen judex incompetens alias jurisdictionem habens fieri competens partium praerogatione i. e. consensu unter Berufung auf l. 1 C. de jurisd. omn. jud. 3, 13. Arg. v. v. dieser lex: et vos incongruum eum esse vobis judicem scientes tamen audientiam eius elegitis.

[159]) Wörtlich, nicht „fast wörtlich" in der Ausgabe von 1542, 1. Teil, Tit. von Exceptionen und Auszügen, fol. 40 a.

[160]) Es ist die oben nach N. 132 abgedruckte.

[161]) Fol. 136 b der Ausgabe von 1542. Ueber die Benutzung König's durch Gobler cf. auch oben nach N. 125 a, und Wetzell, System § 3 N. 21 a.

ihnen Wach imputirt, „daß die exceptio fori incompetentis mit der L.C. verloren gehe, in dieser eine Prorogation liege", weil sie beide vielmehr die Ansicht zum Ausdruck bringen, daß die exc. fori incomp. nicht erst mit der L.C., sondern schon mit der Vorschützung jeder anderen Einrede vor der exc. fori incompetentis verloren gehe [162]).

Nun ist allerdings hiemit im Sinne beider Autoren die präcludirende Wirkung der l. c. für den Fall, daß der Beklagte ohne jegliche Prozeßeinrede litem contestirt, ebenfalls anerkannt. Allein auch nur die präcludirende Wirkung: der Beklagte darf die Zuständigkeit nicht mehr bestreiten; daß durch das Unterlassen der Incompetenzeinrede bei Vorschützung anderer Prozeßeinreden oder bei Einlassung auf die Hauptsache Zuständigkeit des Gerichts begründet würde, sagt weder Carpzov noch Zanger [163]).

Wenn nun die bisher (sub 1—6) Genannten in den von Wach angezogenen Stellen reden von einem „den Gerichtszwang des Richters über sich nehmen" des Beklagten, von einem consentire in jurisdictionem judicis und renunciare exceptioni declinatoriae, so ist das lediglich eine oben zu N. 132 ff. schon erklärte Colorirung des Verlustes der Incompetenzeinrede.

Daß sie aber taugliche Zeugen einer Entwickelung des Vereinbarungsprincips zum Präclusionsprincip in Wach's Sinn sein sollten, erscheint von allem Anderen abgesehen schon deshalb unmöglich, weil sie in der Lehre von den Wirkungen der Litis-

---

[162]) Vgl. oben N. 131 a.

Carpzov stützt sich dabei für seine Ansicht auf die sächsische Constitution von 1572, p. I. t. 3.

Zanger aber befindet sich in der cit. Stelle in einem wie mir scheint unlösbaren Widerspruch mit sich selbst, l. c. p. II. c. 1 n. 84.

[163]) Die von Wach angezogenen Stellen lauten, und zwar die von Carpzov, processus juris t. 9 art. 2 n. 7: Quin et si Reus primo in termino exc^em^ fori declinatoriam neglexerit, sistendo sese coram judice incompetente in jurisdictionem judicis consentire et exceptioni declinatoriae renunciare censetur, quare termino sequenti ad defensionem hanc reverti nequit; die von Zanger, tract. de except. p. II. c. 1 sub 4: Nam si aliis utatur Reus exceptionibus, hac (scil. fori declinatoria) omissa, in judicem videtur consensisse, et ad hanc defensionem reverti nequit.

contestation durchweg auf den Schultern Durantis stehen, auf den sie sämmtlich ausdrücklich Bezug nehmen (vgl. oben N. 131) und den sie teilweise wörtlich wiederholen. Durantis aber ordnet, wie oben zu N. 137 gezeigt ist, ganz im Gegenteil den Präclusionsgedanken dem Consensgedanken unter [164].

7) Voët endlich, Wach's letzter Zeuge [165]) aus früherer Zeit, erblickt in der l. c. allerdings eine prorogatio fori. Er ist der einzige, der Wach's thema probandum wenigstens den Worten nach bestätigt. Allein es ist oben S. 51 ff. nachgewiesen worden, daß er das prorogirende Moment dabei nicht in der Präclusion, sondern in dem Quasicontrakt erblickt, welchen die l. c. enthalte. Inhaltlich also beweist er gegen Wach.

Und so blieben uns nur noch die Belege aus der neueren Praxis und Gesetzgebung.

Hier müssen wir nun einräumen, daß

8) die Entscheidung des O.A.G. zu Cassel vom 4. Mai 1852 bei Seuff. Arch. X. 214 die Ansicht Wach's allerdings vertritt. Sie spricht von „einer durch Streiteinlassung ohne Anfechtung des Gerichtsstandes herbeigeführten Erstreckung desselben", sie betrachtet als prozessualische Folge der Versäumniß der Incompetenzeinrede „die Begründung des Gerichtsstandes", und zwar ohne alle Anlehnung etwa an die Contraktsnatur der litis contestatio.

Allein sie ist die Stimme des Predigers in der Wüste. Wach selbst wird zugeben, daß eine vereinzelte Aeußerung eines Gerichtshofes [166]) keine genügende Basis für die Aufstellung eines neuen Princips biete. Die übrigen Belege Wach's aber versagen ihm wieder ihre Dienste. Dies gilt sofort

---

[164]) So sehr, daß er die Geltendmachung des mangelnden Consenses der Berufung auf pactum de proroganda jurisdictione gegenüber sogar noch nach der l. c. zuläßt: p. II. t. 1 § 1 sub 7.

[165]) Berlich, auf den Wach sich ebenfalls beruft, war mir nicht zur Hand; überdies hat W. die Stelle in dessen Schriften nicht angegeben, die er im Auge hat.

[166]) Die übrigens sofort auch von der Redaction des Archivs unter Bezugnahme auf Lauterbach, Kreittmayr, Bayer und Heffter corrigirt worden ist.

9) von der Entscheidung des O.A.G. zu Rostock bei Buchka und Budde III. S. 11, welche nach Wach die Anschauung teilen soll, daß in der l. c. eine Prorogation liege. Hier wird gesagt:

„Von einer die Willensübereinstimmung der Parteien erfordernden prorogatio fori kann freilich keine Rede sein, wenn der Beklagte vor einem incompetenten Richter in der irrigen Voraussetzung der Zuständigkeit desselben sich einläßt. Gleichwohl kann der Beklagte auf einen solchen Irrtum, der übrigens allerdings auch im Fall der Unentschuldbarkeit den Consens ausschließen und daher eine freiwillige prorogatio tacita verhindern würde, nach der l. c. sich nicht mehr berufen. Der Richter darf nämlich eine einmal angenommene Sache von Amtswegen nicht mehr ablehnen, gesetzt auch, daß er selbst geirrt hätte,

l. 2 § 1 D. de judic. 5, 1

und er kann daher nur auf Grund einer vorgeschützten exc. fori sich noch für incompetent erklären. Diese Einrede ist aber ausgeschlossen, sobald der Beklagte, ohne dieselbe vorher geltend zu machen, die erhobene Klage beantwortet hat."

Das Einzige, was hier der l. c. attribuirt wird, ist offensichtlich Ausschließung der Unzuständigkeitseinrede des Beklagten. Das Gericht aber bleibt trotzdem unzuständig und würde nach der Ansicht des mecklenburgischen O.A.G. nicht judiziren können, wenn nicht nach seiner Auffassung [167]) die l. 2 § 1 cit. ihm ver-

[167]) Die übrigens wohl eine gewagte ist. l. 2 § 1 cit. erklärt das Widerspruchsrecht des Richters gegen ein pactum prorogandae jurisdictionis der Parteien für ausgeschlossen, wenn er die Sache einmal angenommen hat. Daß der Richter, wenn eine solche Vereinbarung nicht vorliegt, die mangelnde Prozeßvoraussetzung nur in limine litis urgiren dürfe, folgt daraus noch nicht. Was den unzuständigen Richter nach vorausgegangener l. c. berechtigte und verpflichtete, die Sache trotz seiner Unzuständigkeit zu prüfen und zu entscheiden, das war im römischen Formularprozeß die Anweisung des Prätors in der formula. An ihre Stelle ist für uns § 39 R.C.Pr.O. getreten: cf. oben N. 85.

wehrte, sich in einer einmal angenommenen und nicht gleich a limine zurückgewiesenen Sache ferner noch ex officio für unzuständig zu erklären. Aber auch daß die Annahme einer Sache, für die er nicht zuständig ist, den Richter zuständig mache, konnte und wollte natürlich das O.A.G. nicht behaupten. Sie schließe nur weitere Officialprüfung aus, und bewirke also zusammen mit der l. c., welche auch die Rüge der Unzuständigkeit Seitens des Beklagten unmöglich mache, daß der Richter trotz seiner Unzuständigkeit weiter verfahren könne[168]) und sein Urteil trotz seiner Unzuständigkeit gültig sei. Also dasselbe Resultat, welches wir oben für unser neues Recht aus § 247 einerseits und § 39 R.C.Pr.O. andererseits gezogen haben.

10) Der § 160 der Allgem. Preuß. G.O. Teil I. Tit. 2, welchen Wach l. c. S. 379 N. 22 für sich weiter geltend macht, sagt wieder Nichts, als daß mit der l. c. der Beklagte an das Gericht gebunden sei. Die Schlußworte des Paragraphen scheinen sogar direkt darauf hinzudeuten, daß das unzuständige Gericht dadurch nicht aufhöre nicht „das gehörige Gericht" zu sein.

Freilich nun reden die §§ 161—165 in solchem Fall von Prorogation, durch welche der „Gerichtsstand", die „Gerichtsbarkeit" des unzuständigen Gerichts „begründet werden soll".

Allein unter Prorogation versteht nach dieser Diktion die Allgem. G.O. zunächst eben nur die auf Erstreckung der Zuständigkeit gerichtete Tätigkeit der Parteien, nicht den zuständig machenden Effekt dieser Tätigkeit. Es kann das Gericht unzuständig bleiben trotz der Prorogation Seitens der Parteien. Das wird bestätigt insbesondere durch den § 164, welcher es für nötig hält, ausdrücklich zu sagen, daß aus dem Verfahren des Richters, wenn der Beklagte in einem die Prorogation gestattenden Falle eine solche vornehme, „keine Nullität des Prozesses" entstehen solle,

---

[168]) Wenn man diese Möglichkeit, trotz vorhandener Unzuständigkeit weiter zu verfahren, eine Erstreckung der Zuständigkeit nennt, wie Trotsche, Mecklenb. C.Pr. S. 294 es tut, so ist dies offenbar nur ein ungenauer und unrichtiger Ausdruck; vgl. unten sub VI. in.

trotzdem es ein „Eingriff in fremde Jurisdiktionen" sei. Das beweist endlich direkt die den §§ 160 und 161 zu Grunde liegende Stelle aus dem Corpus juris Fridericianum p. IV. t. 2 § 72 [169]):

„Wenn ein Beklagter sich auf eine von einem incompetenten Gerichte erlassene Vorladung gestellet, und, ohne Exceptionem Fori zu opponiren, die Klage beantwortet, so prorogirt er dadurch das Forum, und kann hiernächst in der Folge nicht verlangen, daß die Sache an das competente Gericht verwiesen werden solle.

Dieses findet jedoch nicht statt, wenn die Landesgesetze die Prorogation untersagen, oder dem Gericht, dessen Jurisdiktion durch Prorogation fundirt werden soll, die Befugniß nicht zustehet, über solche Sachen, als die im Streit befangene, zu cognosciren, welchenfalls die Prorogation ohne Effekt bleibt."

Die in der L.C. liegende Prorogation, als Handlung der Parteien, bleibt also nach diesen Bestimmungen des preußischen Rechts entweder ganz ohne Effekt; oder hat nur den Effekt des Ausschlusses der exceptio fori.

In zwei Fällen nun allerdings hat sie wirklich den weiteren Effekt, den unzuständigen Richter zuständig zu machen. Nämlich nach § 163 Allgem. G.O. l. c. dann,

„wenn ein Gericht wahrscheinlichen Grund gehabt hat, sich für den gehörigen Richter in der Sache zu halten; oder wenn der Kläger, noch vor Erlassung der Citation, eine Erklärung des Beklagten, daß dieser die Prorogation sich gefallen lasse, beibringt."

In diesem Falle wird in der Tat nach § 7 daselbst „ein außerordentlicher Gerichtsstand" begründet. Aber nicht durch die stillschweigende Einlassung des Beklagten an sich, sondern durch

---

[169]) Vgl. auch den § 73 daselbst, welcher dem § 164 Allg. G.O. entsprechend das Verfahren des unzuständigen Richters auch da, wo Prorogation den Parteien gestattet ist, einen „unerlaubten Eingriff in fremde Jurisdiktionen" nennt.

die Einwilligung der Parteien, welche das Gesetz aus der l. c. folgern zu können glaubt; argum. der Worte des § 7 Z. 2:

„wenn die Parteien mit Erlaubniß des Staates einem andern, als dem ordentlichen Gerichtsstande, entweder durch ausdrückliche Erklärungen, oder durch vorhergehende Handlungen, woraus das Gesetz ihre Einwilligung folgert, sich unterwerfen;“

wozu zu vergleichen ist Koch, Preuß. Civilproz. § 179:

„Die unbedingte Einlassung auf die Klage enthält die stillschweigende Erklärung, daß der Streit in der Art und Weise des Angriffs aufgenommen werde und folglich zum Austrag gebracht werden solle. Die eigentümlichen Wirkungen der Klagsbeantwortung sind daher . . . . . .
2) stillschweigende Prorogation des Gerichtsstandes, wo sie rechtlich möglich ist.“

Mit Einem Worte, wir befinden uns wieder im Fahrwasser des „judicio contrahitur“ und können uns daher auf das oben S. 52 ff. und S. 55 ff. Gesagte beziehen [170]).

Wenn endlich 11) Wach l. c. S. 381 unter den modernen Prozeßordnungen, welche sich der von ihm vertretenen Rechtsanschauung anschließen und dieselbe fortbilden sollen, und welchen er den Gedanken suppeditirt:

„Man fordert (scil. zur Constituirung des gewillkürten Gerichtsstandes) keinen Prorogationswillen, sondern nur, daß der Kläger die Klage beim incompetenten Richter erhebe, der Beklagte sich auf sie vorbehaltlos einlasse“,

als erste auch die Hannov. Pr.O. vom 8. Nov. 1850 § 19 und § 196 aufführt, so wird es genügen, wenn man den § 19:

„Ein an sich unzuständiges Amts- oder Obergericht wird ohne Rücksicht auf seine Einwilligung durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig; als stillschweigende Vereinbarung ist es anzusehen, wenn der Beklagte die Einrede der Unzuständig-

---

[170]) Vgl. auch oben zu N. 145.

keit entweder überhaupt nicht, oder doch nicht im Eingang des Rechtsstreits (§ 196) vorschützt;"

und den § 196 Abs. 1 u. 3:

„Verzögerliche Einreden, welche das Gericht, die Parteien oder die prozessualische Geltendmachung des Anspruchs betreffen, befreien den Beklagten von der Verhandlung zur Hauptsache."

„Das Eingehen auf die Hauptsache .... führt den Verlust sämmtlicher dem Beklagten bereits zustehenden und bekannten verzögerlichen Einreden der gedachten Art mit sich ....."

neben einander liest, um sich zu überzeugen, wie weit die hannov. Pr.O. von dem Standpunkt entfernt ist, welchen ihr Wach l. c. mit den Worten imputirt:

„Danach kommt durch die Einlassung vor dem unzuständigen Gericht die Prorogation auch dann zu Stande, wenn die Parteien über die Competenz geirrt haben."

Jeder Irrtum des Beklagten schließt vielmehr die Präclusion mit der Incompetenzeinrede, geschweige denn die Competenzbegründung aus. In den Fällen aber, wo der Beklagte durch das Eingehen auf die Hauptsache nach der hannov. Pr.O. wirklich die Incompetenzeinrede verliert, da enthält sein Eingehen auch wirklich einen Verzicht auf dieselbe. Und sieht demnach der § 19 hierin eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien, so entspricht das in den meisten Fällen der Wahrheit und enthält eine Fiktion nur dann, wenn einmal der Kläger sich über die Competenz geirrt haben sollte. Da aber actor sequitur forum rei und Beklagter diesen Gerichtsstand haben will; da ferner Kläger schon von vornherein nach dem Grundsatz oben zu N. 51 die Incompetenz des von ihm angegangenen Gerichts nicht rügen darf, mit der l. c. aber auch die Befugniß der Zurücknahme der Klage verloren hat[171]): so wäre es voll begreiflich, wenn der hannov. Gesetzgeber hier mit der Begründung der Zuständigkeit

---

[171]) Hannov. Pr.O. § 174 al. 2.

Ernst machte. Immer aber wäre dies dann lediglich eine Ausdehnung der vereinbarten Zuständigkeit.

VI.

Die Auseinandersetzung mit Wach's historischer Entwickelung des Princips des gewillkürten Gerichtsstandes hat, so glauben wir, die Richtigkeit unserer Auslegung:

> Princip des gewillkürten Gerichtsstandes ist auch nach der R.C.Pr.O. die Vereinbarung der Parteien: § 38; die stillschweigende Einlassung des Beklagten an sich schafft keine Zuständigkeit; sondern nimmt nur kraft § 247 den Parteien die Möglichkeit einer Rüge der Unzuständigkeit; und berechtigt und verpflichtet kraft § 39 den unzuständigen Richter zum weiteren Verfahren und zur Entscheidung, als ob er zuständig wäre;

bestätigt und gefestigt.

Ehe wir nun dies Resultat anwenden auf die praktisch wichtigste Folge-Frage, wie es zu halten sei beim Ausbleiben des Beklagten vor dem gesetzlich unzuständigen Richter [172]), haben wir noch einem möglichen Einwand gegen das Resultat selbst zu begegnen.

Man könnte sagen:

Zugegeben, der § 39 sage nach grammatikalischer Interpretation Nichts weiter, als daß der unzuständige Richter bei stillschweigender Einlassung des Beklagten weiter verfahren dürfe und müsse, wie wenn er zuständig wäre: ist er nicht nach logischer Interpretation eben dadurch zuständig für die betreffende Sache geworden? Denn Zuständigkeit ist eben Recht und Pflicht des Gerichts, vom Gesetze verliehen, in einer Streitsache das Recht zu sprechen [173]); und dies verleiht die R.C.Pr.O. in § 39

---

[172]) Für den Fall des Erscheinens des Beklagten coram judice incompetente haben wir es schon oben S. 31 ff. angewendet.

[173]) Vgl. etwa Fitting l. c. S. 245 „zuständig, d. h. zu . . . Verhandlung und Entscheidung fähig und befugt".

dem unzuständigen Richter, einerlei mit welchen Worten auch immer sie es tut.

Allein wir sollten doch denken, daß zwischen der Verleihung eines Amtes und der Uebertragung der Ausübung eines Amtes ein ganz gewaltiger begrifflicher Unterschied sei.

Nur die Ausübung des Amtes eines zuständigen Richters aber, gewissermaßen die Vertretung des gesetzlich zuständigen Richters in der concreten Streitsache verleiht der § 39 der C.Pr.O. dem judex incompetens. Und der Gesetzgeber hat auch allen Anlaß, nicht das Amt, die Zuständigkeit selbst zu verleihen.

Die Verleihung der Zuständigkeit durch direkte gesetzliche Bestimmung beruht auf Gründen des öffentlichen und des privaten Interesses; sie laufen zusammen in dem Satze, welchen wir oben zu N. 64 als den treibenden Gedanken aller gesetzlichen Competenzregulirung anerkannt haben. In Berücksichtigung dieser öffentlichen und privaten Interessen erklärt das Gesetz für die einzelnen Streitsachen bestimmte Gerichte für zuständig, damit zugleich seinen Willen aussprechend, daß für andere Streitsachen diese Gerichte unzuständig seien. Wenn die Rechtsordnung eine Verschiebung dieser gesetzlichen Normen durch Vereinbarung der Streitteile gestattet, so erklärt sich dies aus einer weitgehenden Berücksichtigung des Privatinteresses, dem ja in einem concreten Fall die gesetzliche Competenzregulirung nicht ganz kann gerecht geworden sein.

Unerklärlich aber wäre es, wenn die Rechtsordnung ihre Zuständigkeitsregulirung auch dann desavouiren wollte, sobald einmal die Parteien, wenn auch beide vollständig irrtümlich, vor einem unzuständigen Gericht sich eingelassen haben. Berücksichtigung des Privatinteresses könnte unmöglich der treibende Gedanke sein; denn dasselbe kann die Parteien möglicherweise an ein ganz anderes Gericht verweisen. Das öffentliche Interesse aber, welches in solchem Fall die Fortsetzung des Verfahrens vor dem unzuständigen Gericht verlangt, ist ein ganz anderes als das bei der Competenzregulirung sonst beteiligte. Es ist nicht Fürsorge dafür, daß die einzelne Streitsache vor dem Gericht entschieden werde, welches für den concreten Fall die rascheste und zweckentsprechendste

Entscheidung garantirt; es ist nicht Verhütung der Geschäftsüberlastung: im Gegenteil, diese Gründe könnten in concreto recht wohl dahin führen, die Sache dem Gericht wieder abzunehmen; es ist vielmehr die Vermeidung einer Wiederaufhebung des einmal constituirten judicium und einer Vermehrung der Prozesse in Folge lediglich prozessualer Mängel, deren Beachtung nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gefordert wird; es ist Verhütung jeder Hemmung des materiellen Rechts durch derartige rein prozessuale Hindernisse. Aus diesem Grunde aber braucht sich das Gesetz noch nicht mit sich selbst in Widerspruch zu setzen, indem es das Gericht, welches es in abstracto für diese Streitsache für unzuständig erklärt hatte, in concreto doch für dieselbe für zuständig erklärt [174]). Es genügte zu jenem Zwecke vollkommen die Anordnung eines weiteren Verfahrens durch den Richter, obwohl er unzuständig sei [175]).

Und nur dies tut § 39.

Das bringt aber auch wichtige praktische Verschiedenheiten einer wirklichen Competenzbegründung gegenüber mit sich.

Nur zwei derselben sei es uns gestattet hier anzudeuten:

Hat der unzuständige Richter Aussicht, durch stillschweigende Einlassung des Beklagten wirklich gesetzlich zuständig zu werden, so mag er, trotzdem er sich zunächst unzuständig weiß, ruhig abwarten, ob der Beklagte diese Unzuständigkeit rügt oder sich

---

[174]) Wollte das Gesetz wirklich durch die Einlassung des Beklagten ohne Weiteres Zuständigkeit entstehen lassen, dann wäre es in der Tat viel consequenter gewesen, wenn es an die Spitze der Lehre von der Zuständigkeit den Fitting'schen Satz gestellt hätte: „daß jedes ordentliche Gericht erster Instanz für jede Klage zuständig" sei.

[175]) In dem vom O.A.G. zu Rostock oben S. 62 entschiedenen Fall handelte es sich um das weitere Verfahren einer Justizcanzlei in der Streitsache eines Nicht-Eximirten, der sich irrtümlicher Weise stillschweigend vor derselben eingelassen hatte. Die Justizcanzleien waren nach mecklenburger Recht in erstinstanziellen Sachen Nicht-Eximirter unzuständig. Wozu bei irrtümlicher Einlassung eines Nicht-Eximirten diese Norm als nicht existirend betrachten, statt (wie auch das O.A.G. als Recht erkannt hat) ausnahmsweise der unzuständigen Justizcanzlei das weitere Verfahren in diesem Falle zu gestatten resp. zur Pflicht zu machen?

schweigend einläßt. Es gilt dann kein öffentliches Interesse zu wahren und die Unzuständigkeit ex officio zur Sprache zu bringen; denn die Rechtsordnung hat dann durch die eventuelle Zuständigkeitserklärung des § 39 das öffentliche Interesse verleugnet.

Wird er dagegen in Folge der Einlassung nicht zuständig, sondern gewissermaßen nur notgedrungen zum Weiterverfahren ermächtigt, so ist es seine Pflicht, nicht etwa die Einlassung des Beklagten abzuwarten [176]), sondern nach § 130 Abs. 2 C.Pr.O. in der mündlichen Verhandlung vor allem Weiteren auf seine Unzuständigkeit aufmerksam zu machen, damit entweder sofort Kläger seine Klage zurückziehe, resp. Beklagter die Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit beantrage, oder aber durch Fortsetzung des Prozesses im Bewußtsein der Unzuständigkeit die Parteien ihr Interesse an dem Weiterverfahren gerade dieses Gericht documentiren und es so durch stillschweigende Vereinbarung in Kraft des § 38 R.C.Pr.O. wirklich zuständig machen.

Und ferner: Der § 33 C.Pr.O. setzt für die Begründung des forum reconventionis voraus, daß das Gericht für die Vorklage wirklich competent sei [177]). Diese Voraussetzung und damit der Gerichtsstand der Widerklage würde gemäß unserer Auffassung ermangeln bei einem Gericht, welches an sich für die Vorklage unzuständig, nach § 39 durch stillschweigende Einlassung des Beklagten für die Vorklage nicht zuständig geworden wäre, sondern auf dieselbe nur so weiter verfahren dürfte, als ob es zuständig wäre.

Wenden wir nun die Resultate der vorstehenden Untersuchungen schließlich auf die Frage an, wie der gesetzlich unzuständige [178]) Richter sich zu verhalten habe, wenn im Termin zur

[176]) Vgl. hieher die Allgem. Pr.G.O. I. 2 § 162.

[177]) Arg. § 33 v. v.: „Bei dem Gerichte der Klage" mit Abs. 2 daselbst; und cf. Wetzell Syst. § 41 Text nach N. 71.

[178]) Ich lege hier den Fall zu Grunde, daß die Klage entweder von der Competenzfrage ganz schweigt, oder für die Competenz des Gerichts Momente geltend macht, die dasselbe nach dem Gesetz als zuständig nicht erscheinen lassen. Rücksichtlich der Frage, ob auf die in der Klage geltend gemachten Competenzgründe, wenn dieselben wirklich eine gesetzliche Zuständigkeit, ihre

mündlichen Verhandlung der richtig geladene Beklagte nicht erscheint, so stellen wir im Einklang mit der Entscheidung des Reichsgerichts den Satz an die Spitze, daß der Richter jedenfalls von Amtswegen seine Berechtigung zu weiterem Verfahren in der Sache zu prüfen habe. Diese Prüfung ist ihm durch das Nichterscheinen des Beklagten nicht abgenommen; denn das bloße Schweigen des Beklagten schafft keine Zuständigkeit. Sie ist ihm aber auch noch nicht erspart, wenn man etwa annehmen wollte, daß dem nichterscheinenden Beklagten die Incompetenzeinrede gemäß § 296 verloren gegangen sei. Denn auch die Präclusion der exceptio fori incompetentis vermag eine Zuständigkeit noch nicht zu begründen [179]). Es könnte vielmehr den Richter zu weiterem Verfahren nur berechtigen entweder eine Vereinbarung der Parteien, welche ihn nach § 38 C.Pr.O. zuständig machen würde; oder eine gesetzliche Vorschrift, welche ihn trotz seiner Unzuständigkeit zum weiteren Verfahren ermächtigen würde.

Nur unter dieser alternativen Voraussetzung würde er ein vom Kläger beantragtes Versäumnißurteil fällen können.

Um nun

1) eine Vereinbarung der Parteien annehmen zu können, müßte der übereinstimmende Wille der Parteien, vor diesem Gerichte Recht zu nehmen, festgestellt sein; es müßte also vor Allem das Wissen des Klägers um die gesetzliche Unzuständigkeit des Gerichts

---

Richtigkeit vorausgesetzt, erzeugen würden, die Fiktion des Zugeständnisses nach § 296 anzuwenden sei? schließe ich mich der verneinenden Antwort von Kohler l. c. S. 395 ff. an, rücksichtlich der weiteren Frage aber, ob beim gänzlichen Schweigen der Klage über die Competenz die „stillschweigende Behauptung der richterlichen Zuständigkeit, welche im Erheben der Klage vor Gericht zu finden" sei, nach § 296 als zugestanden anzunehmen sei, wenn Beklagter nicht erscheint? der verneinenden Antwort des Reichsgerichts l. c. S. 443.

[179]) Vgl. oben sub II. — Das Reichsgericht brauchte daher auf jene von Fitting l. c. S. 239 sub 3 vertretene Annahme behufs Beantwortung unserer Frage gar nicht einzugehen, wie es dies l. c. S. 441 oben getan hat. Diese Annahme, die ich übrigens aus den vom Reichsgericht angeführten Gründen für unrichtig halte, fördert uns in unserer Frage keinen Schritt weiter.

gemäß § 130 Abs. 2 constatirt werden [180]); und es wäre sodann Sache des Klägers, wenn er auf seinem Contumacial-Antrag beharrte, gemäß § 300 Z. 1 den Consens des Beklagten, und damit die vorliegende Vereinbarung über die Zuständigkeit nachzuweisen.

Aus dem Nicht-Erscheinen des Beklagten an sich ist die Einwilligung desselben in das Prozessiren vor dem unzuständigen Gericht nicht zu ersehen [181]). Auch hierin stimmen wir dem Reichsgericht l. c. S. 440, 441 ff. vollkommen zu [182]). Nur glauben wir, man muß in der Begründung noch weiter gehen. Denn nicht nur ist beim Wissen des Beklagten um die Unzuständigkeit anzunehmen, daß er im Vertrauen auf das non suo judici impune non paretur [183]) ausgeblieben sei; eine Präsumtion, die Kläger erst durch den Nachweis des Unterwerfungswillens des Beklagten zerstören muß; sondern es würde auch dann, wenn Beklagter sich vom unzuständigen Gericht in der irrigen Annahme, es sei das zuständige, hätte contumaciren lassen wollen, an dem

---

[180]) Dem Kläger wird durch dies Aufmerksammachen auf die vorhandene Unzuständigkeit im Falle eines bisherigen Irrtums die Möglichkeit gegeben, seine Klage sofort fallen zu lassen und so weitere Kosten zu vermeiden.

[181]) Aber auch nicht schlechthin das Gegenteil zu folgern. Es ist vielmehr völlig quaestio facti, ob das Nichterscheinen im einzelnen Fall nach der einen oder anderen Seite zu deuten sei, und daher der bezeichnete Nachweis dem Kläger nicht abzuschneiden.

[182]) Auch Wach, l. c. S. 387 zu N. 38 hält diese Entscheidung für die richtige. Er meint nur, daß es nicht auf den Willen des Beklagten ankomme, sondern das Verschweigen der Unzuständigkeits-Einrede genüge, um die Zuständigkeit zu begründen: cf. oben S. 7. Dagegen behauptet Fitting, l. c. S. 233: „die Aeußerung der Motive, aus der Tatsache des Nichterscheinens sei eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern, steht mit den Erfahrungen des Lebens nicht im Einklange.“ Allein wir glauben, daß hinsichtlich der „Erfahrungen des Lebens“ dem Reichsgericht die größere Glaubwürdigkeit zukomme.

[183]) Vgl. l. 20 D. de jurisd. 2, 1; l. 53 § 3 D. de re jud. 42, 1. Das kanonische Recht fügt hinzu: ante non suum judicem pulsatus, si voluerit, taceat; c. 3 caus. 3 qu. 6. Auch das Erscheinen und Nicht-Verhandeln läßt noch auf keinen Consens des Beklagten schließen.

zur Vereinbarung nötigen Consens fehlen. Kläger hat demnach des Beklagten bewußte und gewollte Unterwerfung unter das unzuständige Gericht, sei es durch Nachweis eines außergerichtlichen pactum de prorogandа jurisdictione (ausdrückliche Vereinbarung), sei es aus irgend welchen Indicien (stillschweigende Vereinbarung) darzutun.

2) Vermag er diesen Beweis nicht zu führen, so hat das Gericht seinen Antrag auf Versäumnißurteil zurück- und seine Klage wegen Unzuständigkeit „von hier" abzuweisen. Denn eine Vorschrift, welche es berechtigte, trotz mangelnder Zuständigkeit gegen den nicht erschienenen Beklagten weiter zu verfahren, existirt in unserem Prozeßgesetze nicht. Der § 39 berechtigt das unzuständige Gericht ausdrücklich nur bei stillschweigender Einlassung des Beklagten in der Sache weiter zu verfahren. Der Grund dieser Gesetzesvorschrift: es solle, wenn einmal das judicium durch die Einlassung zu Stande gekommen sei, dessen Existenz so wenig durch die Parteien (§ 247), wie durch den Richter (§ 39) mehr in Frage gestellt und so das materielle Recht durch rein prozessuale Mängel aufgehalten werden, trifft nicht mehr zu, wenn das judicium in Folge Mangels jeder Antwort des Beklagten überhaupt nicht zu Stande gekommen ist.

Nicht als argumentum a contrario darf der § 39 verwertet werden dafür, daß in dem Nichterscheinen des Beklagten keine Vereinbarung liege [184]); denn einmal ist dies eine quaestio facti (s. oben N. 181), die vom Gesetz überhaupt nicht gelöst werden konnte; sodann aber will ja der § 39 auch das Erscheinen und Einlassen des Beklagten nicht zur Vereinbarung stempeln, sondern ihr nur in gewissen Beziehungen gleichstellen: oben S. 25 zu N. 61 ff.

Wohl aber muß behauptet werden: Der § 39 kann so wegen der Singularität seines Inhaltes, wie wegen seines inneren Grundes über seinen Wortlaut hinaus nicht angewendet werden.

---

[184]) So richtig Fitting, l. c. S. 235, und nach ihm das Reichsgericht, l. c. S. 440 oben.

Wenn aber Fitting l. c. S. 241 gar den Versuch macht zu zeigen, daß der Wortlaut des § 39 auch auf den Fall des Nichterscheinens des Beklagten zutreffe, weil beim Nichterscheinen des Beklagten nach § 296 anzunehmen sei, „daß derselbe, ohne Einreden geltend zu machen, das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers zugestehe, d. h. in einem bestimmten Sinn zur Hauptsache mündlich verhandle"; so sollte man m. E. eine solche Verwertung der Fiktion der litis contestatio, die noch weit über den gesetzgeberischen Zweck ihrer Aufstellung hinausgeht, nach Bülow's Untersuchungen in wissenschaftlichen Deduktionen nicht mehr riskiren.

Nachschrift.

Als die vorliegende Abhandlung bereits fast vollständig gedruckt war, brachte das Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 64 S. 1 ff. einen Aufsatz von Bülow „Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung", in welchem der Verfasser in N. 20 S. 32 expresse auf das Thema dieser Arbeit zurückkommt. Bülow macht hier nicht nur gegen Fitting Front, sondern verwahrt sich auch gegen die von Wach aus dem Rechtsverwirkungsprincip gezogene Consequenz bezüglich der Zuständigkeitsfrage in Contumacialfällen.

Hiezu habe ich Folgendes zu bemerken:

Ich bin mit Wach der Ansicht, daß das Rechtsverwirkungsprincip, in der Lehre von der prorogatio fori angewendet und consequent durchgeführt, zu dem Resultat führen muß, daß der Beklagte auch durch sein Nichterscheinen die Zuständigkeit des unzuständigen Gerichtes begründet.

Bülow vermag denn auch seine Negation nur auf positives Recht zu stützen; er meint, wegen der Worte „zur Hauptsache mündlich verhandelt hat" könne der § 39 auf Contumacialfälle keine Anwendung finden. Dann hätte also die R.C.Pr.O. das Rechtsverwirkungsprincip, das sie in der Lehre vom gewillkürten Gerichtsstand auch nach Bülow's Ansicht vertritt, in derselben Materie in seiner praktisch wichtigsten Anwendung ohne irgend welchen ersichtlichen Grund wieder verleugnet.

Ich muß gestehen, daß mich dies eine Halbheit dünkt, und daß mich Wach's folgerichtiges Vorgehen, das einmal in den Bestimmungen der R.C.Pr.O. über die prorogatio fori gefundene Princip auch als von der R.C.Pr.O. in allen Fällen durchgeführt

oder doch nirgends reprobirt darzutun, ungleich sympathischer berührt, zumal auch mir ein argum. a contrario aus jenen Worten des § 39 bedenklich erscheint: s. meine Abhandlung zu N. 184.

Doch wie dem auch sei, mir gilt es in vorliegender Arbeit nur das Princip selbst in seiner Anwendung auf die prorogatio fori zu bekämpfen; und so habe ich auch nach Bülow's N. 20 zu meinen Ausführungen, so weit sie ihn mit angehen, Nichts hinzuzusetzen, noch von ihnen wegzunehmen, zumal ich ausdrücklich zu N. 16 (vgl. auch S. 57) nur Wach und Fitting als Gegner des Reichsgerichts in der Frage nach der Prüfung der Zuständigkeit in Contumacialfällen genannt habe. — — —

Erst durch die citirte Note Bülow's bin ich auf einen weiteren Aufsatz von Wach „Der gewillkürte Gerichtsstand" in Rassow und Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Jahrg. 1880 (XXIV.) S. 703 ff. aufmerksam geworden, den ich bisher übersehen hatte.

Ich hoffe, man wird mir dies bei der dermaligen schwer zu überschauenden Verstreuung der civilprozessualen Abhandlungen in den verschiedensten, auch particulären, und unter sich fast gar nicht in Fühlung stehenden, Zeitschriften nicht zum Vorwurf machen.

Der Vorwurf wäre auch nur ein formeller. Denn in der Sache giebt mir auch der neue Aufsatz Wach's keinen Anlaß zur Aenderung meiner Ausführungen. Der Aufsatz verfolgt hauptsächlich die Tendenz, die Annahme der Begründung der Zuständigkeit durch das Nichterscheinen des Beklagten der Entscheidung des Reichsgerichts und einigen Bedenken Anderer gegenüber auf Grund des Präclusionsprincips noch einmal zu rechtfertigen. Dies Princip selbst hält Wach unverrückt und ohne wesentlich neue Gründe fest. Denn er glaubt in seinem früheren Aufsatz „unwiderleglich und zwingend" bewiesen zu haben, daß das Prorogationsprincip des Gesetzes nicht das reine Vereinbarungsprincip sei; und bemerkt mit vollem Recht, daß seine früheren Ausführungen „weder bei Schriftstellern, noch in der Entscheidung des Reichsgerichts bestritten oder gar widerlegt" seien.

Lediglich um die Principienfrage aber ist es mir zu tun, und so ist mein Angriffsobjekt auch nach Wach's neuem Aufsatz ganz und gar dasselbe geblieben.

Wie wenig derselbe aber auch meine Angriffsmittel alterirt, zeigt schon der Passus, den Wach auf S. 705 l. c. seinen weiteren Deduktionen vorausschickt: „daß der Richter nur als zuständiger Richter urteilen darf, daß er zuständig sein muß, bevor er urteilt . . . . das Alles ist selbstverständlich und von Niemandem bestritten". Gerade in der Bestreitung dieser Sätze gipfelt meine Auslegung der einschlägigen Gesetzesparagraphen. Ich glaube, daß bei stillschweigender Einlassung des Beklagten vor einem unzuständigen Richter dieser als unzuständiger

weiter verfahren und gültig urteilen darf. Ich glaube, daß nur so der § 39 R.C.Pr.O. befriedigend erklärt werden kann. Und ich finde das Gegenteil so wenig selbstverständlich, daß ich vielmehr meinen Satz schon im germanischen, römischen, gemeinen und französischen Prozeßrecht anerkannt glaube.

So veranlaßt mich Wach's Aufsatz nur noch zu folgender Bemerkung:

Daß unsere Gesetze auch einem unzuständigen Civilgerichte eine Zwangsgewalt verleihen, kraft deren es den Beklagten zur Erklärung auf die Klage nötigen kann, ist auch Wach's Ansicht (l. c. S. 729); daß sie dem unzuständigen Criminal-Gerichte, gewissermaßen als Vertreter des zuständigen, auch die gültige Vornahme anderer Prozeßakte gestatten, weil „das praktische Bedürfniß die Anerkennung der Gültigkeit solcher Handlungen" erfordert, zeigt die R.Str.Pr.O. § 20 u. 21 und die Motive zu §§ 14, 15 des E. S. 133. Nach meiner Ansicht nun gehen unsere Gesetze auf dieser Bahn noch einen Schritt weiter: sie lassen, wenn einmal die Einlassung des Beklagten erfolgt, das Hauptverfahren gegen den Beschuldigten eröffnet ist, das unzuständige Gericht gültig nicht nur weiter procediren, sondern auch judiciren; § 39 R.C.Pr.O.; § 18 R.Str.Pr.O. Ebenfalls in Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses. Denn nach einmal erfolgter Einlassung, nach einmal eröffneter Untersuchung müssen Unzuständigkeitserklärungen möglichst vermieden werden, „da solche immer zur Verzögerung des Verfahrens, zur Wiederholung bereits erfolgter (Untersuchungs-)Handlungen und zu sonstigen Uebelständen führen" (Mot. zu §§ 10—12 R.Str.Pr.O. S. 132; vgl. meine Abh. S. 69). Das unzuständige Gericht aber nach erfolgter Einlassung, nach eröffneter Hauptverhandlung für zuständig zu erklären, daran fehlt es an jedem inneren Grunde (s. meine Abh. S. 68) und an jeder äußeren Veranlassung; die ausnahmsweise Gestattung der Erledigung durch ein unzuständiges Gericht tut denselben Dienst. Auch das Recht des Beklagten oder Beschuldigten darauf, „daß das Verfahren als Ganzes vor dem zuständigen Gericht stattfinde und letzteres das Urteil fälle" (Mot. zu §§ 14, 15 R.Str.Pr.O.), steht dieser Regelung der Frage nicht mehr im Wege, insoferne jenes Recht des Beklagten resp. Beschuldigten mit der Einlassung, beziehungsweise mit dem Schlusse der Voruntersuchung oder doch der Vorlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens verloren ist (R.C.Pr.O. § 247; R.Str.Pr.O. § 16). Und dementsprechend ist nichtig das Urteil nicht schlechthin eines unzuständigen Gerichts, sondern nur eines Gerichts, das „seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hat" (R.C.Pr.O. § 513 Z. 4; R.Str.Pr.O. § 377 Z. 4 vgl. mit R.C.Pr.O. § 39 und diese Abh. N. 59 a.).

Druck von Adler's Erben in Rostock.